

## 1. CONCEPTO

El concepto de institución siempre ha aparecido vago e impreciso, si bien la Teoría de la Institución ha contribuido a su concreción.

Es menester advertir, sin embargo, que él hace referencia a una “pluralidad de personas”, por lo cual viene a superar la concepción del “mundo individualista romano y francés” sin caer en el otro extremo del “simple agregado de individuos” o del “colectivismo despersonalizante”. Es por eso que este concepto de institución siempre supone la presencia de un “grupo social”; empero quienes le integran pasan de la categoría de “individuos” a la de “miembros”, es decir, se les contempla en su dimensión de “hombre social”, sin por ello despojarse de su “personalidad individual”. Entonces es fácil colegir que la institución contempla al hombre en su dimensión social sin “desprivatizarle”. Luego la institución es como un puente entre el individuo y la colectividad, que surge con mayor potencialidad en nuestra sociedad actual respondiendo a la necesidad de que el hombre haga frente a los problemas sociales no como individuo aislado sino como ser humano agrupado.

Así la institución es un grupo social que no subyuga el concepto de persona sino que, por el contrario, lo enaltece; esto es, constituye su vehículo de expresión, de perdurabilidad y de desenvolvimiento. Es por eso que no puede concebirse como una simple “suma” de individuos, como podemos contar las cabezas de un rebaño de ganado bajo el cuidado de un pastor y de su perro mastín. Estamos muy lejos de esta concepción gregaria de la vida humana y estimamos que la explosión demográfica que hoy sacude a la humanidad exige la integración de los seres humanos en instituciones que se caracterizan por su “organización” sin despersonalizar al hombre.



En este sentido la institución presenta múltiples facetas por cuanto que el hombre es un ser complejo. Desde el ángulo *antropológico*, se presenta la institución como un conjunto coherente de usos, costumbres o prácticas que definen el comportamiento de un grupo; v. gr. la guerra (1); por lo tanto, se contempla —como dice Durkheim— como la “manera de ser” de un grupo social que se fija e impone al individuo, ya que en este momento el “hecho social” se llama institución debido a que la manera de ser del grupo influye y conforma la manera de pensar y de obrar de los individuos que lo integran, para quienes su comportamiento es una exigencia del “medio social” (2). Esta visión *sociológica* se caracteriza porque el “hecho social” es determinante en la vida del individuo, cuya posición ideológica no corresponde precisamente a la de la Teoría de la Institución. Dentro de la sociología se estima también que puede considerarse como institución los “ritos de las religiones”, o sea, el conjunto de las acciones rituales cumplidas en la práctica de un determinado culto de la divinidad. Institución es la “propiedad”, concebida como un complejo de comportamientos uniformes de los hombres con las cosas que tienen un valor económico. Institución es la “familia”, en cuanto la vida familiar, basada sobre los vínculos de sangre y teniendo fines comunes todos sus componentes, da lugar a comportamientos uniformes de parte de éstos (3). Empero en estos últimos supuestos sociológicos la presencia de la institución no conlleva el sometimiento de sus miembros, como la configura Durkheim, si bien impondrá al individuo el cumplimiento de deberes y la sujeción de una obediencia a la autoridad institucional.

Según el *Dizionario* de la lengua italiana de Tommaseo y Bellini, la voz “Istituto” significa “ordenamiento de personas y de cosas y de hechos, regulado por normas establecidas, según las cuales cooperan muchos hombres, y deben cooperar por largo espacio de tiempo”. Hay quienes defienden que esta definición, después de casi un siglo de dada, es aún válida para el término “institución” que, en el uso del lenguaje jurídico, ahora ha sustituido, en el significado referido, al término “instituto”, que se refiere a “un aspecto o forma particular de un sistema de derecho” (4). En el ámbito *jurídico* la institución implica un conjunto de normas que regulan una pluralidad de hechos definidos por las propias normas como jurídicos; v. gr., la

(1) Enrique Tierno Galván, *Conocimiento y ciencias sociales*, Madrid, Ed. Tecnos, 1966, p. 192.

(2) Octavio Nicolás Derisi, *Esbozo de una epistemología tomista*, Buenos Aires 1946, pp. 33-34.

(3) Cesarini Sforza, *Filosofía del diritto*, Roma 1954, p. 55.

(4) Vittorio Frosini, “Istituzione”, *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino 1965, tomo IX, p. 266.





compraventa. Por consiguiente se da no tan sólo la cristalización sociológica del conglomerado humano con una propia manera de ser y de actuar —dentro de un ambiente de libertades individuales—, sino que se produce también un revestimiento jurídico del ente social a través de la estructuración de una organización de derecho que se manifiesta en las relaciones exteriores como un centro unitario o “haz de voluntades” que constituyen una personalización en el mundo social.

Esta profundización filosófica en torno al concepto de institución nos ha llevado a concebirla como un “centro unitario de voluntades” que tiene su expresión sociológica y jurídica más allá del campo de acción de la denominada “persona jurídica, moral o social”, siendo capaz de ser “fuente de derechos” e inclusive de identificarse con todo “ordenamiento jurídico” independientemente de los actos de creación que realiza la persona individual. Es por eso que nosotros hemos ensayado sobre la institución la siguiente definición: “El *cuerpo social*, con personalidad jurídica o no, integrado por una pluralidad de individuos, cuyo fin responde a las exigencias de la comunidad y del que derivan para sus miembros situaciones jurídicas objetivas —o *status*—, que los invisten de deberes y derechos estatutarios” (5).

Es evidente, pues, que la reivindicación del concepto de la institución en el campo del Derecho viene a llenar un vacío que había sido menospreciado por el Derecho romano y el Derecho francés. De esta manera —como ha escrito León Duguit—, las sociedades modernas no se componen sólo de individuos, sino también de grupos sociales. Los individuos son, sin duda, las células que componen el organismo social; pero, al mismo tiempo, se unen los unos con los otros y forman los grupos. Cada uno de esos grupos está encargado de una cierta misión; debe, por tanto, cumplir una cierta tarea en la división del trabajo social. En consecuencia todo acto de voluntad que tienda al cumplimiento de esta misión, a la realización de esta tarea, debe ser socialmente protegido (6). Así la forma que tiene el “yo social” de expresarse es el “cuerpo social”, que es el “corpus” resultante del “animus” que motiva a pensar y actuar a cada una de las personas-miembros que integran los grupos, que se legitiman por el cumplimiento de una finalidad puesta al servicio del bien común; y de cuya dinámica surge la personificación del grupo adquiriendo los individuos que lo componen una situación de “status” del que se derivan sus deberes y derechos estatutarios por la relación que se establece

(5) *Ciencia y Filosofía del Derecho (Filosofía, Derecho, Revolución)*, Ed. Ejea, Buenos Aires 1961, p. 216.

(6) *Las transformaciones generales del derecho privado*, trad. esp. de Posada, 1912, p. 72.



entre ellos, no directamente como sucede en el contrato, sino a través del “estatuto” fundacional de la institución. Y no es necesario que esta personalidad social se manifieste siempre a través de una personalidad jurídica —v. gr., la familia—, si bien cuando se produce esta expresión jurídica que transmuta las normas sociales en normas de derecho habrá de darse siempre subyacente —desde el ángulo institucional— la presencia de una personalidad social, que es lo que hoy no ocurre, por ejemplo, en las Sociedades Anónimas, cuyo sustrato no son las personas sino un conglomerado de intereses.

## 2. PRECEDENTES EN EL POSITIVISMO SOCIOLOGICO DE DURKHEIM, DUGUIT Y GURVITCH

Es notorio que la Teoría de la Institución presenta una base sociológica, sobre todo la Escuela francesa, si bien en su elaboración se aparta del positivismo para construir su concepción desde el ius-naturalismo (Hauriou, Renard y Delos) o del normativismo o formalismo (Santi Romano, Cesarini Sforza). Es por eso que resulta provechoso penetrar en el pensamiento de estos autores franceses. Durkheim considera a los hechos sociales como “cosas” con lo cual quiere atribuir al conocimiento científico una objetividad que presenta específicamente irreductible al hecho social, el cual no puede confundirse con el fenómeno orgánico que consiste en representaciones y acciones, ni tampoco con el fenómeno psíquico, que sólo tiene existencia en la conciencia individual (7). El término “cosas” fue desafortunado porque dio lugar a explicaciones e interpretaciones, puesto que ellas son entidades concretas y específicas que empíricamente presentan multiplicidad de aspectos, por lo que hubiera sido preferible el empleo del término fenómeno o comportamiento (8). De todos modos esta asimilación de los hechos sociales a la “naturaleza de las cosas”, nos dice el mismo Durkheim, que no implica ninguna concepción metafísica, ni sobre el fondo de los seres, sino que tan sólo quiere significar con esta expresión el aspecto exterior, la manifestación del Derecho tan sólo a través de los hechos y de la experiencia, dentro de la mayor objetividad, y no mediante un criterio valorativo e ideológico. Es por eso que él nos habla de los códigos e instituciones como cristalizaciones reales que se presentan a la observación analítica del sujeto cognoscente, sin que haya necesidad “para de-

(7) Pio Marconi, “Società e diritto nel pensiero di Léon Duguit”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano 1962, p. 828.

(8) Harry Alpert, *Durkheim*, México, Fondo de Cultura Económica, 1945, p. 160.



mostrar esta proposición (lo que es menester tratar como cosas), filosofar sobre su naturaleza” (9).

Luego estamos moviéndonos en el mundo de la “experiencia social” exclusivamente, donde el Derecho —según Durkheim— es un “hecho social privilegiado” que tiene un carácter apremiante sobre las maneras de actuar, de pensar, de sentir del individuo, independientemente de que él lo quiera o no; sin duda que no todos los modos sociales consideramos que nos son impuestos por la coacción, sino que, por el contrario, muchos de ellos estimamos que los cumplimos porque así lo queremos, vale decir, lo hacemos gustosa y voluntariamente. Así, pues, la conciencia pública rechaza todo acto que tienda a ofenderla por la vigilancia que ella ejerce sobre la conducta de los ciudadanos y las penas especiales de que ella dispone. Esta presión que se ejerce sobre las voluntades individuales es el hecho distintivo de los hechos sociales, que presionan sobre todos y cada uno de los individuos; sobre “todos” en tanto que ellos forman la asociación, la combinación de las conciencias de donde resulta la vida social; se trata, por consiguiente, de la totalidad orgánica de los miembros de la sociedad o del grupo.

Hay que tener en cuenta que la existencia del hecho social es independiente de la presencia de una “organización”, como lo prueban las corrientes sociales: grandes movimientos de entusiasmo, de piedad por ejemplo, y la resistencia a estas corrientes revela su carácter restrictivo; pues, con toda evidencia, un hecho social organizado no puede mostrarnos mejor su carácter coactivo. Así sucede en el caso del Derecho que es considerado como “un conjunto de reglas de conductas sancionadas”, definición igualmente válida para los hechos morales; por ende, para Durkheim, “la sanción es característica general de todos los hechos sociales” (10). Esto es así porque no hay posibilidad de la existencia de la vida social si no existen medios sancionadores para obligar a los individuos a que cumplan con sus deberes sociales. De aquí que el autor francés fundamente toda su teoría en el principio de “solidaridad social”, que él considera más bien un “fenómeno moral”, que “por sí mismo no se presta a la observación exacta ni, en especial, a la medida”, siendo necesario “sustituir el hecho interno que se nos escapa por otro externo que lo simboliza y estudiar de esta manera el primero a través del segundo”. Este segundo es el “símbolo visible” o índice externo de la solidaridad, que es el cuerpo de reglas jurídicas. Es patente que entre el hecho interno

(9) Suzanne Villeneuve, “Durkheim, Reflexions sur le méthode et sur le droit”, *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Ed. Sirey, 1969, tomo XIV, p. 241.

(10) *Ibidem*, pp. 244-245.



de la solidaridad está el “sentimiento”, que cuanto mayor sea entre los miembros de una sociedad dada, más frecuentes e intensas serán las relaciones sociales que se establecen entre ellos, teniéndose en cuenta además que el número de esas relaciones sociales es necesariamente proporcional al número de las reglas jurídicas que las regulan. Y aquí es donde entra en juego intensamente el Derecho, por cuanto que a medida que la vida social adquiere un carácter de permanencia, tiende inevitablemente a adoptar una forma definida y una organización. En este sentido el Derecho es para Durkheim “la organización en su forma más estable” (11).

De este modo la regla jurídica no cumple tan sólo una función coactiva, sino que también es un símbolo que sirve a la comunicación entre los hombres, constituyéndose en una especie de lenguaje que contribuye a asegurar la fusión de las conciencias en las ideas y los valores haciendo posible la producción de los ideales. Es por eso que el Derecho es un hecho social privilegiado porque, a los ojos de Durkheim, refleja y traduce la moral; es cierto, que hay ideas morales que no se recogen en la ley y que, sin embargo, las vemos proyectadas en los proverbios, en las máximas populares, los usos, las obras filosóficas; pero no es menos verdad, que un número considerable de estas máximas e ideas son condensadas en las fórmulas jurídicas. Así Durkheim nos dice: “En el Derecho se traducen y reflejan la mayor parte de las reglas morales familiares, de la moral contractual, de la moral en las obligaciones y todas las ideas relativas a los grandes deberes fundamentales de la humanidad”, porque tanto “los hechos morales como jurídicos consisten en reglas de conducta sancionadas” (12).

Es notable constatar en Durkheim cómo a pesar de moverse dentro de una posición “positivista sociológica” percibe en su concepción de la solidaridad social un elemento moral que se proyecta en la vida social, si bien es verdad que nos presenta el hecho social en su sentido objetivo, relacionista e indiferente a toda valoración ética. Es por eso que él se aparta del movimiento moral y político que vino a ser conocido con el nombre de “solidarismo” y que fue propugnado, entre otros por León Bourgeois, quien sostenía que la solidaridad representaba un deber moral y una obligación social que llevaba consigo la noción de un “deber social”, o sea, era la solidaridad como idea mientras que Durkheim proclamaba la solidaridad *de facto*, es decir, la solidaridad como relación objetiva (13). De todas maneras cuando nos habla también de su teoría mecánica y de las secuencias causales

(11) Harry Alpert, op. cit., pp. 148-149.

(12) Suzanne Villeneuve, op. cit., pp. 246-247.

(13) Harry Alpert, op. cit., pp. 148-149.



nos aclara que el término mecánico alude a la noción de “una secuencia necesaria dentro de un sistema axiológico dado” y que esto no excluye la posibilidad de referirse a la voluntad y a las valoraciones humanas, por cuanto que una visión mecanicista de la sociedad no excluye al ideal (14).

Observamos, pues, cómo en el pensamiento de Durkheim está presente el mundo de los valores y cómo éste influye en la sociedad, si bien él invita al sociólogo “a ir de las cosas a las ideas y no de las ideas a las cosas” (15); pues ante los ideales o valores podemos seguir dos corrientes: Una que reduce los juicios de valor a los juicios de realidad, y la otra que los separa situándolos fuera de la realidad. Entonces el sociólogo francés reformula la cuestión del modo siguiente: “En resumen, si es verdad, que el valor de las cosas no puede ser y no ha sido jamás estimado más que por relación a ciertas nociones ideales, éstas tienen necesidad de ser explicadas. Para comprender cómo los juicios de valor son posibles, no es suficiente postular cierto número de ideales; es menester precisarlos, saber de dónde vienen, cómo ellos se religan a la experiencia y la sobrepasan y en qué consiste su objetividad” (16). Por consiguiente la posición de Durkheim se separa del “empirismo puro”; el ideal no proviene exclusivamente de lo real; el valor no está en las cosas sino en la conciencia colectiva. El ideal tiene necesidad de ser fijado sobre las cosas, objetos, emblemas, fórmulas, etc., pero “él se posa donde él quiere”, dando lugar a lo que se llama “metamorfosis de las coas”, mediante cuya transmutación éstas adquieren significado y sentido. Así la prueba está en que una misma cosa puede o perder el valor que ella tiene o adquirir uno diferente sin cambiar de naturaleza: es suficiente que el ideal cambie. De esta manera Durkheim queriendo escapar al reproche de ser un materialista, otorga a la conciencia colectiva una función “creadora”, puesto que ella produce las normas de Derecho que aseguran una mejor organización social, desde el momento que él reconoce que por encima del individuo hay la sociedad y que ésta no es un ser nominal y de razón, sino un sistema de fuerzas actantes, una nueva manera de explicar al “hombre social”.

Esta conciencia colectiva es la capaz de desbordar la “hipertrofia del Estado”, haciéndole a éste cada vez menos necesario en la medida que en su relación dialéctica con la sociedad la presión de las corrientes sociales que entrañan la colectividad sean capaces de estructurar institucionalmente el mundo de la división del trabajo por me-

(14) Ibidem, pp. 102-103.

(15) Suzanne Villeneuve, op. cit., p. 241.

(16) Ibidem, p. 251.

diación de la "solidaridad orgánica", en la que los individuos colaboran en una obra común pero desde posiciones distintas de acuerdo a sus aptitudes y vocaciones (17). Ya que Durkheim distinguió dos tipos de conciencia, individual y colectiva, diciendo que los estados de la primera se derivan de "la naturaleza del ser orgánico-psíquico tomado aisladamente", mientras que los de la segunda "resultan de la combinación de una pluralidad de seres de esta especie" (18). De esta guisa la conciencia colectiva implica un conjunto de creencias y de sentimientos comunes a los miembros que integran una misma sociedad o grupo, expresándose en el complejo total de las maneras de obrar, pensar y sentir. Este segundo tipo de conciencia adquiere una mayor consagración en la solidaridad orgánica que al mismo tiempo contribuye al desarrollo de la sociedad lo hace a la afirmación de los derechos individuales, de tal modo que se contribuye a un proceso de moralización e interiorización de la sociedad; en pocas palabras; a un progreso moral. Por lo cual la solidaridad orgánica es para Durkheim, a la vez, una fase superior del desarrollo histórico y una especie de encarnación del ideal moral, por cuanto que el hecho mismo de la diversidad de funciones que cumple el individuo por exigencia de la división del trabajo, permite que la conciencia colectiva deje al descubierto una parte de la conciencia individual que establece funciones especiales que aquélla no puede reglamentar. Es por eso que "la sociedad fundada sobre la solidaridad orgánica se desarrolla a medida que la personalidad se fortifica" (19).

Es, pues, interesante observar cómo Durkheim considera que la personalidad individual tiende a fortalecerse dentro de la solidaridad orgánica, que al basarse en la especialización de las tareas laborales, los individuos quedan diferenciados, y al hacerlas complementarias los individuos se solidarizan. De todas maneras proclama una subordinación de las conciencias individuales a la conciencia colectiva a la que niega considerar como "entidad metafísica" a la manera del idealismo germánico, sino como "entidad observable"; es decir, que el sociólogo deberá considerar los hechos sociales aislándolos de sus manifestaciones individuales. Empero a medida que transcurre el tiempo Durkheim tiende a hipostasiar esta conciencia colectiva considerándola la forma más alta de la vida psíquica, puesto que es una "conciencia de conciencias" (20).

(17) Ibidem, pp. 252-253.

(18) Harry Alpert, op. cit., pp. 196-197.

(19) Georges Gurvitch, "Remarques sur la classification des formes de la sociabilité", *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, París 1935, nº 3-4, pp. 45 y 50.

(20) Jaime Brufau Prats, "Durkheim. Nota sobre su perspectiva metodológica en Sociología", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, 1963, fasc. 1-2, pp. 93, 100 y 101.





Dentro de los críticos que tiene la posición sociológica de Durkheim nos encontramos a Léon Duguit, quien no acepta su idea de la conciencia colectiva como noción superior e irreductible a las conciencias individuales, por considerar que es un concepto metafísico; puesto que en la sociedad —según él—, no existen más que individuos de carne y hueso; por consiguiente, no es aceptable una posición que vaya más allá de este hecho, apelándose a una conciencia colectiva y meta-individual (21). Es notorio que Duguit —también en la línea ideológica del positivismo sociológico que llama del “realismo jurídico”— igualmente acepta el principio de la solidaridad social, indicándonos que la cooperación entre los hombres no se debe, en efecto, a la bondad en sí de los actos sino al hecho de que el *hombre es hombre* y, como tal, “él no puede vivir más que para la solidaridad social”. Empero a este jurista francés del mismo modo se le achaca que a pesar de su crítica a Durkheim por metafísico él también incurre en la misma posición ya que se refiere a un derecho objetivo, fundado sobre la solidaridad, que se impone como necesidad absoluta, ideal, tanto a los gobernantes como a los súbditos, al intérprete como al científico que, según Battaglia, no es otra cosa que el viejo Derecho natural, que encuentra su justificación en la razón y se clarifica en el espíritu cotidianamente como un principio superior de convivencia. Luigi Bagolini, por el contrario, estima que esta crítica a Duguit es vaga e imprecisa, dado que lo que importa saber sobre él es si efectivamente se ha liberado de aquella particular ideología individualista y de aquel conjunto específico de presupuestos metafísicos contra los cuales combate (22).

Es menester señalar que, a este respecto, Duguit es tajante, por cuanto que nos dice: El “yo pienso, luego existo” es falso; el hombre no puede vivir solo, sino estando en comunicación con los demás. Así, aquel célebre entinema se convierte en éste: “Yo pienso como unidad del conglomerado social, luego el grupo social existe”. El hombre no vive, si no es respetada la solidaridad social; luego hay que obrar conforme al mantenimiento de la solidaridad del grupo en que se está colocado (23). De aquí que, para él, el derecho es social, exclusivamente social, y así lo concibe el hombre moderno. Y, por el contrario, las legislaciones positivas de nuestros Códigos han sido establecidas sobre el fundamento del derecho individual, por lo cual se ha producido una antinomia entre éstos y la conciencia moderna,

(21) Cfr. Lino Rodríguez-Arias B., *Ciencia y Filosofía del Derecho (Filosofía, Derecho, Revolución)*, Buenos Aires, Ed. Ejea, 1961, pp. 202-203.

(22) Pio Marconi, op. cit., pp. 836-838.

(23) *El pragmatismo jurídico*, Madrid, 1924, p. 104.



causa de la profunda enfermedad que sufre nuestra sociedad (24).

De esta manera se pone de manifiesto la tendencia que se muestra en Duguít a limitar el poder del Estado, por lo cual él hace énfasis en considerar al Derecho como una función de la solidaridad, oponiendo la sociedad extra-estatal y su ordenamiento jurídico (Derecho objetivo) al Estado, el cual expresa no ya una solidaridad sino más bien una relación de pura fuerza entre gobernantes y gobernados (25).

La crítica que se le dirige a Léon Duguít, cuando ha construido el edificio de su objetividad, ha sido el de centrar todo el aparato conceptual sobre el Derecho objetivo, en torno a la regla de Derecho. Dice Maurice Hauriou que, por el contrario, el verdadero elemento objetivo del sistema jurídico es la institución, aun reconociendo que se desarrolla un germen de subjetividad con el fenómeno de la personificación, pero que, a pesar de ello, el elemento objetivo subsiste en el *corpus* de la institución, el cual con su idea directiva y su poder organizado, es muy superior por fuerza jurídica a la regla de derecho: son las instituciones las que promueven la regla de derecho, y no son tales reglas las que fundan las instituciones (26).

Es obvio que en el planteamiento de Hauriou se pone de manifiesto la diferencia radical del punto de partida del sociologismo jurídico de una base eminentemente positivista y la teoría institucional francesa que presenta un fundamento iusnaturalista si bien se cubra con el ropaje sociológico. Es muy interesante de todos modos comprobar este acercamiento del Derecho a la Sociedad tanto en una vertiente como en la otra. Se trata eminentemente de un rechazo del formalismo jurídico y de una conjunción con los fenómenos de la realidad social superando asimismo la concepción individualista del Derecho.

Dentro de esta orientación sociológica nos encontramos también a Georges Gurvitch, quien aporta rasgos más definidos que los anteriores al institucionalismo, sobre todo en su libro *L'idée du droit social* (París 1932), en el que plantea su teoría del pluralismo jurídico. Este autor está de acuerdo con Durkheim cuando exige que las diferentes formas de la sociabilidad sean verificadas tomando como punto de mira su exteriorización por símbolos, en particular para las diferentes especies de Derecho y de las costumbres; es decir, que considera el "anti-formalismo" de Durkheim como una de las adqui-

(24) Pio Marconi, op. cit., p. 839.

(25) Ibidem, pp. 841-842.

(26) Maurice Hauriou, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano, Ed. Giuffrè, 1967, p. 45.



siciones más importantes de su sociología. Además —contraponiéndose a la posición de Duguit— admite, al menos en principio, su concepción de la “conciencia colectiva”, tan frecuentemente atacada, porque ella le parece expresar de manera adecuada el hecho social primordial de la “interpretación de las conciencias”, de su “fusión parcial” y de su “comunidad”, sin las cuales la simple convergencia de las conciencias individuales, su interdependencia, es imposible (27).

Este jurista francés se mueve también dentro del positivismo sociológico y se opone —como Durkheim y Duguit— a la identificación del Derecho positivo y del Estado. Así su pluralismo se caracteriza porque señala que las normas de Derecho pueden surgir de entes sociales no estatales. De esta forma —como decimos— rompe la identificación de Estado y Derecho que había sido principio fundamental del positivismo legal. Y con esta ruptura se producen diferentes órdenes jurídicos que se limitan recíprocamente en su independencia y colaboran bajo el mismo pie de igualdad en la vida nacional y en la internacional.

Se advierte claramente que Gurvitch da al Derecho un sentido sociológico, desde el momento que admite la existencia de realidades sociales con poder normativo dentro del ordenamiento jurídico. Se preocupa por fijar la esencia de la sociedad, que califica de totalidad inmanente: totalidad, en el sentido de que es irreducible a la suma de sus miembros (en contra de las teorías atomísticas que conducen a la solución de la ficción); inmanente, porque no se opone a sus miembros ni como objeto exterior ni como una personalidad superior (en contra de las teorías universalistas que subsumen al individuo en el Estado, considerado como persona moral y jurídica) (28).

Distingue entre Derecho social-Derecho individual. Aquél es engendrado de manera autónoma por la vida colectiva de un grupo y que integra, es decir, transforma en regla de vida común —sus tradiciones, sus necesidades, sus aspiraciones—. Por eso el Derecho social puede ser llamado Derecho de integración, dado que integra a los miembros de una comunidad con vida propia normativa. En cambio el Derecho individual —denominado también el Derecho de coordinación—, tiene sus presupuestos teóricos en la doctrina del individualismo contractual, razón por la cual los mismos individuos crean sus derechos dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad. Por el

(27) Op. cit., p. 59.

(28) Norberto Bobbio, “Istituzione e diritto sociale (Renard y Gurvitch)”, Roma, Separata de la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1936, p. 18.





contrario, el Derecho de subordinación, supone el Derecho creado por el Estado por mandato unilateral a que ha de someterse el individuo, que se encuentra situado en un plano jerárquico inferior.

El Derecho social es fundado sobre el hecho, que se impone a los individuos como una norma de conducta y al ser capaz de generar derecho, puede llamarse "hecho normativo", el cual da lugar a la unión o comunión asociativa, siendo fuente primaria del derecho social, y como dicen Norberto Bobbio y Hernández Gil, se aproxima tanto a la "institución" de Hauriou que no parece sino una versión de la misma (29). Esta integración de los individuos en torno al hecho normativo se produce, porque él realiza un ideal de justicia y valores jurídicos positivos que son necesarios para el nacimiento de los entes colectivos con capacidad normativa creadora. De allí que el positivismo sociológico haga hincapié en que la autoridad de la regla de derecho proviene de su eficacia real en un medio social determinado, puesto que es el medio social el creador de la regla y no viceversa; como veremos sostiene la teoría de la institución, que considera a ésta como "fuente de derechos".

De esta guisa el positivismo sociológico viene a desplazar al positivismo legal que identificaba Estado y Derecho y otorgaba al Estado el monopolio legislativo el cual lo pierde con la doctrina del pluralismo jurídico. Ejemplos de esos Derechos que no han sido engendrados por el Estado, los tenemos: en el Derecho internacional; en el Derecho de la comunidad nacional en tanto que éste se impone al Estado mismo; en el Derecho económico (reglamentación interior de los grandes grupos económicos, contratos colectivos de trabajo); en el Derecho canónico (30).

### 3. LA ESCUELA FRANCESA: MAURICE HAURIU, GEORGES RENARD Y J.-T. DELOS

La Teoría de la Institución surge, por consiguiente, sobre el terreno sociológico-empírico, derivando de la doble reacción contra el individualismo y el sociologismo de tendencia radicales, siendo expresión del primero, como es notorio, el contractualismo y del segundo la teoría de la *regla de derecho*. Respecto a la tesis contractualista,

(29) Op. cit., pp. 19-20; y *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid 1971, I, p. 370.

(30) Luis Recaséns Siches, *Panorama del Pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Ed. Porrúa, 1963, I, p. 136.

nos dice Hauriou, que las instituciones son fundadas sobre el *poder*, que siempre se presenta bajo una forma de consentimiento, por lo que no debe confundirse rousseaunianamente la fuerza con el poder. “Si la presión del poder no se produce por la violencia, el consentimiento dado por el sujeto es válido jurídicamente: *coactus voluit, sed voluit*” (31). Se arguye que el poder antes del consentimiento no es más que mera fuerza y que es muy difícil impedir que el poder no se traduzca en violencia, lo cual conduce a sostener que no se da el consentimiento en la institución, con lo cual se manifiesta el carácter autoritario de la misma, criterio que rechazamos porque consideramos que la “libre adhesión” es una característica institucional.

Es menester también señalar que el individualismo, además de traducirse en contractualismo, se manifiesta como subjetivismo y personalismo, por todo lo cual el Derecho no sería otra cosa sino la expresión de las “actuaciones subjetivas de la persona del Estado” (Hauriou). Contra esta concepción reacciona el objetivismo sociológico de Duguit, para el cual la *regla de derecho* fue concebida como “cosa existente en sí”, reflejo exacto, por decirlo así, de cualquier *ambiente social*, que ya Durkheim había advertido —como hemos visto más arriba— cuando admitió más allá de la conciencia individual la conciencia colectiva. Lo insostenible de esta tesis fue puesto de manifiesto por Hauriou, quien sostiene que esa reacción y duración que tan sólo según los sociólogos pueden ser expresión del ambiente social, pueden cambiarse por la “acción” y la “creación” que no puede ser expresión más que de “elementos subjetivos” que dimanen de las conciencias individuales e institucionales. Precisamente en esta determinación del elemento subjetivo del fenómeno jurídico —que es, por este motivo, el creador del mismo— consiste la originalidad de Hauriou que permite la escisión entre “institución” y “persona”, lo cual hace posible que se den instituciones privadas de la personalidad jurídica, que son el reflejo de la personalidad individual (32).

Hay que recoger aquí que Maurice Hauriou fue el autor de la Teoría de la Institución desarrollada primeramente en su *Précis de Droit Administratif* (6 ed., pp. 1-40) y en el estudio insertado en el *Recueil de Législation de Toulouse*, II, serie, tomo II (1906) e intitulado *L’Institution et le droit statuaire*; después habla en las ediciones sucesivas de su *Précis de Droit Administratif* y, particularmente, en su ensayo sobre *L’institution et la fondation* (*Cahier de la Nouvelle Journée*, nº 4). Fue el estudio de la Administración francesa, orga-

(31) Franco Modugno, “Istituzione”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Ed. Giuffrè 1973, tomo XXIII, p. 84.

(32) Ibidem, pp. 84-85.



nismo en el seno del Estado, lo que llevó al jurista francés a entrever una serie de organismos cuyas directrices nos dio a conocer en sus libros citados. Empapado de esta visión institucional, Hauriou dirige carta a Renard, para decirle que ha decidido presentar en investidura jurídica la idea que había intentado primero de hacer pasar en investidura sociológica. De este modo propone su fórmula nueva de la Teoría de la Institución, que no era de compromiso sino de superación del contractualismo y del sociologismo colectivista (33).

Considera, por consiguiente, que el Derecho no debe polarizarse exclusivamente en torno a la figura jurídica del *contrato*, como venía sucediendo a partir de la Revolución francesa, tanto en la vida pública como privada. En aquélla a través del pacto social de Rousseau; en ésta mediante la consagración del principio de la autonomía de la voluntad en los Códigos civiles. Adopta también una actitud sociológica, pero trata de buscar *un equilibrio entre lo individual y lo social*. Mas, a diferencia de Léon Duguit y de Georges Gurvitch y demás sociólogos, estima que es necesaria una base *metafísica* para fundamentar la justicia, por lo que se mueve dentro de un realismo espiritual, que se dedica a rastrear la verdad filosófica.

El Derecho, por lo tanto, no tiene por objeto tan sólo la *distinción de lo mío y de lo tuyo*, sino el discernimiento de lo *nuestro*. Se parte de que los hombres llevan una vida social y que, por la tendencia que tenemos a la solidaridad, nos vemos compelidos de una manera consciente y necesaria a agruparnos y constituir *entes colectivos*, que se llaman instituciones. Estamos ante la figura jurídica de la *institución*. No es que con ésta se trate de desplazar la noción del *contrato* del campo del Derecho; no, lo que se aspira es a relegarle a sus límites justos. Las relaciones jurídicas se plantean en la esfera contractual en un plano de igualdad; digamos mejor, dentro de la *igualdad formal*; v. gr., el obrero contrata espontáneamente con el empresario. Por el contrario, la institución se estructura jerárquicamente; v. gr., las relaciones de padres e hijos en la institución familiar. Cada uno de sus miembros desempeña distintas funciones a través de sus situaciones jurídico-objetivas de *status*. Así, por ejemplo, no se establece una relación directa entre padres e hijos —como sucede en el contrato entre comprador y vendedor—, sino que sus derechos y deberes dimanen del estatuto familiar.

Para Hauriou, en la *materia social* nos encontramos dos mundos que existen y se desarrollan paralelamente: el de la *lucha por la vida* y el del *sacrificio*, que constituye la negación más o menos absoluta de esta lucha. Es el primero de estos dos mundos, el de la lucha por

(33) Vittorio Frosini, "Istituzione", *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, 1965, p. 267.





la vida, quien crea las *organizaciones sociales*, que el mundo del sacrificio se limita a *instituir*. Examinadas en su evolución, estas organizaciones llegan un día al fin de su vida, ellas sucumben; entonces aparece, como una necesidad de redención, el fenómeno de la *institución*, que consiste en un acto de *instituir*, a saber, de crear de una organización pasajera un *instituto* en vista de preservarla de la desaparición y conservarla. Así la *institución* constituye la solución práctica de la querella eterna del idealismo y del materialismo, que es característica de la evolución en la materia social. El espíritu de sacrificio se opone a las fuerzas irreflexivas de la materia dedicándose a la tarea de ponerle límites y obstáculos institucionalizando ciertas organizaciones.

En este sentido, hay institución, desde el momento que varias personas, decididas a realizar un cierto fin, se organizan a este efecto de una manera durable. La institución se afirma, en primer lugar, como una entidad distinta teniendo una individualidad propia en la vida social, y esto se cumple de dos maneras:

1) Ella se muestra distinta de sus miembros; así, por ejemplo, una función pública que existe independientemente de la personalidad de sus titulares temporales y sucesivos.

2) Ella se distingue de otras instituciones vecinas, con las cuales mantiene una serie de relaciones equilibradas y normales, afirmando así su autonomía para el cumplimiento de su función especial; tales son, por ejemplo, las relaciones de un departamento ministerial con los otros ministerios.

En segundo lugar, la institución se crea con una propia organización interna: una forma dominante que es moderada por fuerzas resistentes, tal, por ejemplo, una asamblea deliberante con su mayoría moderada por fuerzas resistentes: la minoría y la administración (bureau); o el parlamento bicameral con la fuerza dominante de la Cámara y la fuerza resistente del Senado. Esta organización interna que se encuentra en toda institución, se realiza con un mínimo de jerarquía (oficina, consejo deliberante, comisión administrativa, etc.) y las reglas de derecho interno, tal es el reglamento de una asamblea, los estatutos de una asociación, el testamento del fundador cuando se trata de una fundación, etc. En el Estado institución la *regla de derecho* no es más que un elemento de dicha institución; y el Derecho del Estado es, a la vez, elemento y producto del Estado y nada más, no identificándose —como hace Kelsen— el uno con el otro (34).

(34) Michel Dendias, "Developpement de la théorie de l'institution. Ses fondements et ses buts", en *Estudios Jurídico-Sociales. En homenaje al Prof. Luis Legaz y Lacambra*, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, tomo II, pp. 480-482.

Hauriou centra la teoría de la institución en torno de la *idea objetiva* que viene a realizar cuatro categorías de objetos:

1) Es, como ya se ha dicho, el producto de una reacción contra las *teorías voluntaristas y subjetivistas* que fundan todo el derecho sobre el contrato-acuerdo de voluntades.

2) Constituye también una respuesta contra la *teoría de la personalidad ficticia o moral*, o sea, de la personalidad jurídica como ente de ficción o la suma de los individuos que la integran (Savigny), puesto que en la institución —teoría de base sociológica— se considera que subyacente a la personalidad jurídica existe siempre una personalidad social.

3) Se manifiesta igualmente contra una concepción del Derecho excesivamente *estática*, que supone basar éste en la figura del *contrato*, que es un concepto jurídico cerrado, porque una vez concluido entre las partes no existe posibilidad de apertura sino de rescisión o cumplimiento, mientras que la institución, en expresión de Georges Renard, “es una bola de nieve que se hace”; es decir, que está siempre abierta a nuevas contingencias y adaptaciones.

4) Implica un rechazo contra la separación inflexible y tajante de los campos de *Derecho público y Derecho privado*; y

5) Supone un esfuerzo para presentar sobre *nuevas bases* ciertas concepciones de la *Filosofía del Derecho* (35).

Hauriou define la institución: Como “*una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social*; para la realización de esta idea se organiza un poder que le procura órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, tienen lugar manifestaciones de comunión dirigidas por los órganos del poder y reguladas por un procedimiento” (36). No se olvide que este jurista procede de la *filosofía del idealismo*, que trata de crear un nuevo método —como dijimos— fundado sobre un realismo espiritualista, que quiere superar la oposición entre el contractualismo y el sociologismo colectivista, lo que le hace concebir la teoría de la *idea-acción*, encarnada en la duración creadora, como esencia de la institución (37). Por eso dice que las ideas trabajan: “Las civilizaciones son el producto de las ideas, y no las ideas el producto de las civilizaciones” (38).

En este sentido una institución social consiste esencialmente en una idea objetiva transformada en una obra social por un fundador,

(35) Ibidem, p. 41.

(36) *Teoria dell' istituzione e della fondazione*, Milano, Ed. Giuffré, 1967, pp. 12-13.

(37) Luis Recaséns Siches, op. cit., vol. I, pp. 121-122.

(38) Cit. por Renard, *La théorie de l' institution*, Paris 1930, vol. I, p. 95.



idea que recluta adhesiones en el medio social y sujeta así a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas (39). Luego advertimos aquí cómo se aparta de la escuela sociológica de Durkheim y sus partidarios, que pretendían ver en el *medio social* el creador de las instituciones, por obra de una conciencia colectiva, cuando el parecer de Hauriou, el medio social no es el factor determinante, siéndolo la idea objetiva y el poder del fundador. El medio social ha podido experimentar la necesidad de la institución, y puede, una vez fundada ésta, proporcionarle adhesiones, pero es incapaz de fundarla y lo es asimismo de suministrar la idea. El medio social no es una conciencia colectiva; es simplemente un factor público, en el cual la idea de la institución puede conseguir adhesiones individuales en número indeterminado. Entre las adhesiones logradas estarán las de sus funcionarios, sus órganos, sus agentes..., que le asegurarán su funcionamiento material y jurídico. Todas estas adhesiones son individuales y, en suma, subjetivas (40). De allí que reiteremos que el error de Léon Duguit, cuando edificó su sistema de derecho objetivo, consistió en cimentarlo sobre la *regla de derecho*. El verdadero elemento objetivo del sistema jurídico es la institución; es verdad que ella contiene un germen subjetivo que se desarrolla por el fenómeno de la personificación, pero el elemento objetivo subsiste en el *corpus* de la institución y este solo *corpus*, con su idea directriz y el poder organizado, es muy superior en virtud jurídica a la regla de derecho, porque son las instituciones las que determinan las reglas de derecho, y no las reglas de derecho las que crean las instituciones (41).

Cabe decir, sin embargo, que las ideas tan sólo tienen funciones si están “organizadas”; o sea, que se necesita un *poder de gobierno organizado* para la realización de la idea de la empresa y que está a su servicio (42). Y este concepto de organización postula necesariamente como propio un *prius* lógico, una voluntad, vale decir, una regla que organiza: porque *organización* quiere decir, coordinación y subordinación (43).

De esta guisa surge el *organismo*, que es precisamente el hecho de una idea que ha sometido a sí misma una materia y se ha hecho de ella unos órganos a los cuales están asignadas unas funciones coordinadas; el organismo jurídico —la institución— es como el organismo

(39) Hauriou, *Principios de Derecho público y constitucional*, trad. Ruiz del Castillo, 1927, p. 84.

(40) Ibidem, p. 86.

(41) Hauriou, *La teoría de la institución y de la fundación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pp. 176-177.

(42) Ibidem, p. 47.

(43) Franco Modugno, op. cit., p. 91.



biológico. Claude Bernard decía, que “la vida es una idea”. La institución —hemos visto— que también es una idea (44). Escribió Hauriou: “Con el término institución designamos todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados” (45). Se advierte, pues, que Hauriou nos trata de mostrar que un sistema jurídico no nace de la voluntad de un hecho social como es la organización de un *poder* en torno a una *idea*, con lo cual se pone de relieve que no se puede tomar conciencia del fenómeno jurídico de la institución sin toparse con el pre-jurídico, que es el poder social o político (46). Pues Hauriou nos explica que “la idea de la obra” se determina en la organización de un aparato de poder, con órganos dedicados a la administración de la idea y otros dirigidos a la prestación de los servicios propios de la empresa, pero que “en la idea directriz de ésta subsiste una parte indeterminada y virtual que alcanza más allá de la función”, que es para él la parte ya realizada o, por lo menos, ya determinada por la empresa. La parte indeterminada en la idea directriz ejerce sobre los espíritus una acción mayor que lo que está determinado bajo la forma de función. En otras palabras, los valores e ideas realizan en la institución su función educadora y de estabilidad normativa de dos maneras:

a) Una directa, creando el aparato directamente encaminado a la realización de las ideas y valores de la institución mediante el mandato y en asociación con el poder; y

b) A través de la enseñanza que permanece como un ideal que no acaba de plasmarse en la realidad de la organización, pero que permanece tratando de convencer a los miembros a fin de que cuando estén existencialmente convencidos, sean capaces de plasmar el ideal en realidad organizada.

De acuerdo a la tesis de Hauriou, distinguimos entre la parte determinada de la idea de la obra de la *democracia* y su parte indeterminada o virtual. Lo determinado es la organización de un sistema electoral, de las cámaras legislativas, de leyes y reglamentos que limitan el ejercicio de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, de libertades de prensa y asociación. Aunque de esta determinación no se sigue necesariamente la realidad de una democracia viva, por lo menos se la hace posible, se la estimula, de hecho sí se produce algún control democrático de la actividad de los gobernantes. Pero la idea de la

(44) Renard, *La philosophie de l'institution*, París 1939, p. 122.

(45) *Principios de Derecho público y constitucional*, 1927, p. 83.

(46) Norberto Bobbio, “Teoria e ideologia nella dottrina de Santi Romano”, en *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Ed. Giuffrè, 1977, p. 29.



democracia no se agota en la parte determinada; sigue latente en la parte indeterminada, clamando por su realización, sugiriendo nuevos proyectos de determinación, manteniendo en alto un ideal que no acaba de cumplirse, infundiendo nuevos ánimos a aquellos que co-mulgan con la idea, inspirando políticas de acción, en resumen, educando a los ciudadanos en valores y vivencias de justicia, que, aunque no plenamente realizados, deben seguir siendo el punto central en torno al cual se realiza la comunión de los ciudadanos. En conclusión: el Derecho realiza la función de estabilidad normativa, no sólo en cuanto Derecho vivo que se aplica, sino también, y a la larga con mayor eficacia, en cuanto Derecho-ideales de Justicia, tal vez inasequible pero siempre presente e inspirador de las conciencias de los ciudadanos. Este Derecho justo es esencialmente dinámico y educa por convencimiento, en oposición al primero, que es naturalmente estático y educa por mandato (47). Es la misma imagen que nos presenta Hauriou. quien era escultor y había modelado con sus manos de artista el busto de su mujer, sugiriéndole su afición el símbolo que significa el incesante esfuerzo de la humanidad por incorporar la justicia en el orden social: "Las relaciones del orden social —nos dice—, con el ideal de la justicia se parecen mucho a las que existen entre el boceto de una estatua y el ideal de la belleza plástica; hay ya belleza en el boceto, así haya sido hecho el primer golpe, pero los retoques del artista son necesarios para infundirle aún más belleza; igualmente, hay ya justicia en el orden social más tosco, pero los retoques incesantes deben siempre incorporarle más justicia" (48).

Se dice que acaso la formulación más famosa de Hauriou se encuentre en su ensayo de 1925, que lleva el significativo título de *Ensayo de vitalismo social*, en el que se pone de relieve la importancia que él ha atribuido a las ciencias biológicas para la investigación en el campo social. De todas maneras aquí nos vamos a referir a su *Précis de droit constitutionnel* (1929), que representa la más madura y compendiosa expresión de su doctrina fundamental. Para este autor francés una organización social se convierte en duradera, es decir, conserva su forma específica cuando es institución, consistiendo su *forma* en un sistema de equilibrio de poderes y de consentimientos en torno a la idea directiva. De esta manera la forma no es un simple revestimiento extrínseco, sino más bien, por el contrario, es interna y activa, constituyendo la estructura dinámica de la organización (49).

(47) Miguel Villoro Toranzo, *La justicia como vivencia*, México, Ed. Jus, 1979, pp. 218-219.

(48) *La teoría de la institución y de la fundación*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1968, p. 23.

(49) Vittorio Frosini, op. cit., p. 267.



Vemos, pues, cómo en la institución se dan cita una materia humana y social y unos ideales que motivan a los hombres a agruparse en torno a una idea objetiva poniendo en acción el doble juego de la determinación e indeterminación de que hemos hablado en el que viene a desempeñar un papel importante la forma que encarna una peculiar estructura u organización social, que es algo activo a través de los individuos-miembros que la componen. De esta guisa las instituciones representan en el Derecho la categoría de la *duración*, de la *continuidad* y de la *realidad*. De aquí que, según Medina Echevarría, los ingredientes de la institución son:

1) Una *idea* que penetra en la realidad por el hecho de ser compartida por determinados hombres que la realizan;

2) Una *duración* determinada del producto social; y

3) Una *forma* permanente y mantenida por la serie de equilibrios objetivos que tienen lugar dentro de la institución (50).

Hay que señalar que las categorías de la duración, de la continuidad y de lo real, tienen inspiración hegeliana, pero con la particularidad de que el Estado en la doctrina de Hauriou no escapa al proceso habitual que rige la aparición de las instituciones; es decir, no es constituyente, como el reflejo de lo Absoluto en la tierra que nos construye Hegel, sino que, al igual de las demás instituciones, necesita de un "fundamento jurídico" (51).

También W. Ivor Jennings, en *The Institutional Theory*, publicado en *Moderns Theories of Law* (London, Oxford University Press, 1933, pp. 68-85), pone en relación la teoría institucional con la transformación del Estado moderno, como habían hecho sus fundadores, separándose igualmente de Hegel que colocaba de una parte al Estado y de la otra a los individuos subordinados a aquél que era el Dios sobre la tierra, concibiendo el ente estatal como un "agregado de instituciones" (52).

Hauriou distingue en la institución dos grados: uno pleno, que es la *institución-persona*, donde al adherirse las voluntades humanas a la idea directriz originan un nuevo ser con personalidad jurídica; v. gr., el Estado, las asociaciones profesionales, los sindicatos, las ligas agrarias, las cooperativas, las organizaciones vecinales, las agrupaciones conservacionistas, etc.; y otro menos pleno, llamado *institución-cosa*, caracterizada sólo por ser un principio de orientación

(50) *Situación presente de la filosofía jurídica*, Madrid 1933, p. 144.

(51) René Lourau, *El análisis institucional*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1970, pp. 54-55.

(52) Norberto Bobbio, "Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano", en *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Ed. Giuffrè, 1977, p. 33, nota.





y de limitación que no engendra comunidad propia; v. gr. una regla de derecho. Es una institución, porque como idea se propaga y vive en el ambiente social, pero no genera una corporación que le sea propia. La regla jurídica vive en el cuerpo social, por ejemplo en el Estado, haciéndose prestar de éste el poder sancionador y aprovechándose de las manifestaciones comunitarias que en el Estado se producen, pero no puede realizarse en una corporación porque no es un principio de acción o de empresa, sino más bien de limitación (53). Así en este segundo grado no se da la *comunidad* que es la nota sobresaliente de la institución-persona y que impele a los hombres a adherirse a la idea directriz. Todos los movimientos populares se acompañan por la fundación de nuevas instituciones políticas y sociales; la fundación de las comunas en la Edad Media fue acompañada de grandes crisis morales que sublevaban a las poblaciones al grito de “¡comunidad, comunidad!”; la formación de los sindicatos, a fines del siglo XIX, provocó en la clase obrera el mismo movimiento de unión (54). De esta manera advertimos cómo en la institución-persona, que es la institución plena, se entrecruzan los elementos objetivos y subjetivos y las ideas trabajan en las ciencias, en las artes, en la política, en la historia y en el Derecho. Las ideas trabajan con los hombres y el trabajo de los hombres se mezcla con el trabajo de las ideas, hasta el extremo de que éstas se constituyen en los pilares que sostienen la bóveda social, porque en ellas se da algo misterioso que solidariza a los hombres —y, desgraciadamente, también a veces los separan— estableciendo entre ellos y las generaciones pasadas y futuras la “comunidad” de que hemos hablado más arriba, exclamando Georges Renard: “La institución es la comunidad de los hombres en una idea” (55).

Ahora bien, ¿de dónde surge esta idea? Para un idealista como Hauriou puede ser inmanente al mismo hombre al estilo kantiano, si bien una vez que aceptó la doctrina iusnaturalista puede contemplarla como un principio ético o, simplemente, como un postulado de convivencia humana; la idea de un fundador, cuya figura jurídica juega un papel esencial en el institucionalismo.

Empero para alcanzar la plenitud del estado institucional, en que surge la personalidad, dentro del grado de la institución-persona, según Hauriou, es menester que tenga un triple movimiento: *de interiorización, de incorporación y de personificación*. Tan sólo a través de esta triología de actividades queda demostrada la realidad de la

(53) *Teoria dell' istituzione e della fondazione*, Milano, Ed. Giuffré, 1967, pp. 13 y 24.

(54) Maurice Hauriou, op. cit., p. 50.

(55) *La Théorie de l' Institution*, París 1930, vol. I, p. 95.

personalidad moral (56). Pues en el primer movimiento la idea directriz la captan los individuos desde su posición subjetiva, por su carácter de objetividad; por ejemplo, los futuros cónyuges se ven compelidos a la realización del matrimonio atraídos por la “idea del hogar”; es decir se requiere que dicha idea pase del plano objetivo al subjetivo y se interioricen —en ese caso— en la mente de los presuntos esposos por la conmoción que opera en las conciencia individuales a su contacto.

Después viene el movimiento de *incorporación* que, como dice Joaquín Ruiz Giménez, no consiste más que en una continuidad puramente objetiva de la idea y su acción (57). Como es natural esa traslación de la idea objetiva al estado de subjetividad, provoca en todos y cada uno de los miembros de la comunidad una tendencia a la acción que, en el ejemplo citado más arriba, impulsa a la realización del matrimonio. Todavía no se produce en esta etapa ninguna manifestación de comunión interesante entre todos los miembros del grupo. En la historia de la formación consuetudinaria del Estado, vemos prolongarse por siglos el período de la incorporación antes que aparezca una personalidad moral, que resulta de la continuidad que desde el principio se establece como un poder de minoría y absolutamente precario, con la característica de que ya surge una organización, esto es, un *poder de gobierno organizado* para la realización de la idea de empresa y a su servicio (58).

El momento de la incorporación supone que el elemento poder obra para el bien común en el cuadro de la idea directriz, sobre la base de que los individuos que se agrupan en torno a ella tienen que posponer su egoísmo individual en pro de la idea objetiva a la cual se adhieren y encarnarla, por decirlo así, de acuerdo a las exigencias de toda organización institucional. Luego este movimiento es el resultado de la acción de los miembros en el sentido de asegurar el elemento poder, para que la idea directriz perdure, se adapte y viva de una manera objetiva.

Finalmente, el movimiento de *personificación* tiende a ajustar la continuidad subjetiva, imprimiendo a la institución relevancia como unidad jurídica, con lo cual obtiene un triple beneficio la institución-persona: *poder expresarse, poder obligarse y poder ser responsable*. Esta fase de la personificación abre nuevas perspectivas por cuanto que supone la continuidad de la acción de la idea directriz, porque ésta pasa al estado subjetivo en el interior de la institución, mediante las manifestaciones comunitarias de los miembros del grupo los cuales llegan a asimilar la idea objetiva que se subjetiviza en sus vo-

(56) Joaquín Ruiz Giménez, *La concepción institucional del Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944, p. 370.

(57) Ibidem, p. 370.

(58) Hauriou, *Teoria dell' istituzione e della fondazione*, pp. 19 y 30.



luntades conscientes, surgiendo aquí la auténtica comunión que hace surgir entre los miembros que se aglutinan una verdadera personalidad social independientemente de que se revista o no de personalidad jurídica. Un ejemplo lo encontramos en la historia de la Iglesia. La idea cristiana, lanzada en el mundo para renovarlo con la redención, contenía también el mensaje de Cristo con una amplia parte indefinida. De otro lado se advierte una progresiva determinación del contenido de la idea de este mensaje y sobre todo en la continuación de la misma a través de determinaciones sucesivas, que se traducen en su incorporación a las instituciones de la Iglesia cristiana. Esta es la historia de la Iglesia y el dogma: la idea religiosa se determina y expresa con símbolos, siendo su fundamento la fe. O sea, que la idea objetiva es percibida por los hombres mediante los conceptos subjetivos, ya que si se hubiese permitido una libertad plena de la Revelación se hubiera ésta diseminado en múltiples interpretaciones subjetivas que la hubieran hecho incomprensible, cuando es precisamente su institucionalización la que la imprime a través de los dogmas estabilidad y continuidad generacional, permitiéndose así que prevalezca la verdad revelada con una interpretación común que es la oficial de la Iglesia.

Pues bien, es menester señalar que esta interpretación oficial no agota el contenido de la idea objetiva, porque subsisten los *misterios*, sin embargo contiene la más fuerte garantía de una aproximación exacta de este contenido y de la continuidad de su acción. De otra parte, la continuidad subjetiva permite a la institución asumir obligaciones, como le sucede al Estado en relación a la deuda pública que es asumida por los sucesivos gobiernos que rigen los destinos de la Nación. De este modo advertimos como la personificación perfecciona y concluye la incorporación, asegurando la realización de la idea objetiva en el ambiente social (59). De aquí que se haya dicho por Santi Romano que el mérito de Hauriou es el haber utilizado el concepto de institución “ampliamente entendido, del cual hasta ahora no se tenían más que huellas... en la terminología, más que en la especulación política y sociológica”, habiendo liberado al mismo concepto de su subordinación a la personalidad jurídica, que puede darse allí donde exista una institución o, por el contrario, puede también faltar aun cuando exista independientemente la institución (60).

De todas maneras a pesar de la preeminencia que Hauriou da a la institución no ve en ella una “conciencia colectiva” a la manera de Durkheim, que sitúa “lo objetivo por encima de todo, al establecer el

(59) Ibidem, pp. 34-36.

(60) Antonio Arantino, “Brevi riflessioni...”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, 1977, p. 687.





medio social sobre las conciencias individuales”, ya que no se limita a convertir la regla de derecho en un elemento de continuidad para las instituciones sociales, sino que pretende hacer de ella un elemento formador, un agente creador de instituciones. Además el jurista institucionalista cuestiona la idea de Durkheim de una coerción puramente exterior, que actuaría sobre el individuo, por ejemplo, mediante la división del trabajo. A esto replica Hauriou: “La división del trabajo social existe porque hay una solidaridad, y no la solidaridad porque hay una división del trabajo”; y agrega: “La conciencia colectiva está situada en el yo humano, la coerción social en la voluntad y en los músculos humanos” (61).

Georges Renard, discípulo de Maurice Hauriou, viene a imprimir un nuevo giro a la teoría institucional, por su profunda base tomista. La concepción institucional del Derecho no es más que la interpretación jurídica de la filosofía social de Aristóteles y Tomás de Aquino. De aquí que, afirma Renard, esta teoría “no es más que la última valoración jurídica de la noción tomista del bien común”. Pues hay dos filosofías opuestas del Derecho, que se fundan sobre dos concepciones metafísicas de la personalidad: la individualista de origen iluminístico, que parte de la consideración del hombre abstracto, aislado y libre de la interdependencia social, que desemboca en la exaltación del Estado; y la institucional, de origen medieval, que parte de la consideración del hombre como ser social, y desemboca en el pluralismo jurídico. Para este autor francés, la concepción institucional del Derecho establece tres puntos fundamentales:

1) La reacción contra el voluntarismo y el predominio, en su lugar, del bien común.

2) La acentuación del concepto de “poder” más bien que el de derecho subjetivo; y

3) La diferenciación del orden jurídico (62).

Admite también el Derecho natural y lo contempla a través de las normas del Derecho positivo, elevándolo a la categoría de la “razón analógica” de las diversas modalidades jurídicas. De igual manera el contrato tan sólo existe en los contratos: entre el contrato de especulación —la operación de bolsa— y el contrato de colaboración —la concesión de servicio público— hay un abismo, lo cual es así porque no conllevan los mismos principios de interpretación. A pesar de todo tienen alguna cosa de común, puesto que se les llama a los dos

(61) René Lourau, *El análisis institucional*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1970, pp. 60-61.

(62) Norberto Bobbio, “Sulla filosofia dell’ istituzione” *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1940, p. 101.



contrato. Luego la “razón de contrato” no se realiza, ni pasa a la existencia, más que por la unión a la no-contrato, como la de ser por la unión al no-ser, como el Derecho por la unión al no-Derecho: otras tantas razones analógicas. Otro tanto ocurre con la institución, que no se realiza más que en las instituciones: ella no existe más que mezclada de no-institución, entrando en las combinaciones más desemejantes. Empero existe alguna cosa de común entre todas las situaciones que se designan con el mismo nombre. La institución es, pues, una razón analógica. De allí que se entiendan bajo la misma denominación cosas tan heterogéneas como la Academia francesa, el tribunal criminal, la propina, la propiedad, la prescripción, el catastro, el registro judicial..., por cuanto que entre todas ellas existe alguna cosa común, que es el papel que juega el término “analogía” (63).

Establece la distinción del *derecho subjetivo y del estatuto*, comprendiendo en éste, los derechos y deberes jurídicos que dimanen de una situación jurídico-objetiva de *status*; v.gr., de cónyuge, padre, hijo, legitimario, propietario. El estatuto sigue la suerte de la institución, adaptándose constantemente a sus vicisitudes, porque es el reflejo de la misma, a través del cual se relacionan sus miembros, mientras que el derecho subjetivo es la irradiación de la personalidad individual. Por el contrario, el estatuto es la consecuencia de una disposición de cosas de las cuales yo no soy el dueño; es un puesto que yo ocupo: el magistrado su sede, el profesor su cátedra y el ministro su cartera-símbolo de la estabilidad institucional (64).

Esta distinción, dice Renard, no es más que un nuevo aspecto del dualismo fundamental sobre el cual se basa la esencia del Derecho y que resuena en todos los ámbitos de la economía jurídica: *la persona individual y la institución*, con lo cual son dos las fuentes originarias del Derecho; *la voluntad y la idea*. Sin embargo, nos indica, que estos dos sujetos del Derecho, no son iguales, ni de la misma naturaleza. Al contrario de lo que ostiene el individualismo jurídico, que niega beligerancia en el campo del Derecho a la persona colectiva, los institucionalistas, percatándose del divorcio entre las realidades jurídica y social, tratan de reajustarlas, considerando que para ello se hacía necesario revestir a los grupos sociales de trascendencia jurídica.

Ahora bien, como acabamos de indicar, estos dos sujetos no son iguales, ni de la misma naturaleza; pues el hombre sobrepasa a la institución en toda la altura que se separa una “fuente de ideas” —la razón humana— de la simple idea independizada, alrededor de la cual

(63) “De l’institution à la conception analogique du droit”, *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, París 1935, nº 1-2, pp. 107-108.

(64) Renard, *La théorie de l’institution*, 1930, vol. I, p. 331.



se agrupan las voluntades humanas, con el objeto de constituir el organismo jurídico de la institución. Luego el *plan institucional* está por debajo del *plan de la personalidad*, y, por ende, de la vida, si bien por encima de la existencia bruta; el plan institucional ocupa lo que se llama el “plan de desarrollo”. Y así como existen grados de personalidad entre los hombres, según las épocas, v.gr., las personas “*sui iuris*” y las personas “*alieni iuris*”; los nobles, los villanos, los clientes, etc.; y se distinguen hoy día entre los capaces y los semi-capaces y los incapaces; de igual manera se admiten innumerables categorías del lado institucional.

La importancia de esta concepción institucional del Derecho radica, entre otras cosas, en que sabe conjugar en su contenido, el respeto a los derechos de la persona humana y, al mismo tiempo, reconocer los que competen al grupo social. Habida cuenta de ello, el hombre no se integra en la institución como las células en el organismo, sino que él está a la vez en la institución y fuera de ella; v. gr., es a la vez esposo, propietario, empresario, o profesor de la Universidad. Es decir, que el hombre de hecho pertenece a un número plural de instituciones que son independientes entre sí. Mediante este procedimiento tenemos que las personas se integran en instituciones y éstas se coordinan entre sí, porque existen instituciones de *personas*, v. gr., la familia; e instituciones de instituciones, v. gr., el municipio, que es compuesto del conjunto de familias. Todo este juego institucional escalonado culmina en la humanidad o sociedad universal.

El acto generador de la institución, ya lo vimos también en Hauriou, es la *fundación*. Esta es la figura jurídica que él emplea como base de la misma. La institución es como un fruto desprendido de la personalidad humana; el fruto de un alumbramiento jurídico que se llama la fundación. Por este acto jurídico, la persona individual generadora, queda sobrepasada en duración, continuidad y permanencia. Los hombres mueren, las generaciones se suceden, pero la familia y la nación permanecen con su patrimonio, sus tradiciones y su destino. En sentido análogo, se puede decir, que las instituciones viven. Ya hemos dicho que estos grupos no son contractuales: porque la ley de los contratos es la igualdad, y tales grupos están diferenciados; tienden al menos a una organización jerárquica. Este es un fenómeno nuevo, fuera de los cuadros de la justicia conmutativa (65) y dentro de la justicia social, que es el principio que rige la institución.

Considera también este autor, que el contrato, el testamento, y otras manifestaciones de la voluntad individual, pueden hacer más que sentar reglas jurídicas, esto es, pueden a la vez transformarse en

(65) Ibidem, p. 26.





“actos de creación”. Estos actos jurídicos individuales pueden engendrar un nuevo sujeto de derecho, más o menos vigoroso; este sujeto de derecho no es otra cosa que una idea separada de la persona o personas que le dieron vida.

La idea forma entre los miembros de una institución un ligamen interior, que es lo que verdaderamente hace un ser jurídico distinto de ellos, aunque sea sostenido por sus personalidades. Esta idea es, para Renard, su bien común. Por lo tanto, este autor, va más allá en su concepción institucional que su maestro, quien centra la institución, como vimos, simplemente en torno de la idea objetiva, mientras que Renard la hace girar en pos del bien común, con lo cual da pie para subordinar su creación a que cumpla con los fines que este exige. Por consiguiente, toda *personalidad jurídica* no sólo exigirá subyacente la existencia de una *personalidad social*, sino que, además, según esta posición de Renard, tenemos como nuevo requisito que surja a la vida del Derecho para cumplir una finalidad que satisfaga las exigencias del bien común; v. gr., el reconocimiento a la sociedad mercantil de su personalidad jurídica se hallará subordinado al plan del mercado de necesidades, quedando marginadas las consideraciones que tan sólo obedecen a razones de lucro individual.

También tenemos a Delos, quien fuera profesor de la Facultad Libre de Derecho de Lille, el cual lleva a cabo una reelaboración de la teoría de la institución de Renard tratando de ampliar su campo a base de insistir en la solidaridad entre la Sociología y la Filosofía del Derecho. De esta manera la teoría de la institución deja de ser un sector de la Filosofía del Derecho para convertirse en una *teoría general institucional* del Derecho.

Para él esta concepción implica un *realismo jurídico* desde el momento que en toda realidad jurídica se describe como sustrato una realidad sociológica. Por eso la regla jurídica no puede estudiarse únicamente atendiendo a su forma, sino que es menester tomar también en consideración su contenido o materia. Luego lo jurídico no es más que lo social que recibe una forma de la intervención de la autoridad. Esta aparece como cuerpo técnico debido a la intervención de cuerpos organizados. De aquí su carácter artificial, como consecuencia de la industriosa intervención de los hombres; es una obra de arte. “Esta invasión progresiva del campo jurídico debe continuar hasta que sea ganado todo el campo del Derecho, o sea, hasta que se haya reconocido la verdadera contextura de toda la realidad jurídica idéntica a la de la realidad social” (66).

(66) “La Théorie de l’Institution”, *Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie juridique*, París 1931, pp. 145-146.



Para Delos la conexión del Derecho y de la Sociología está inscrito en el corazón de la noción misma de justicia, cuya realización equivale a la creación de un orden social objetivo, que viene a ser la manifestación de un nuevo realismo donde se conjuga el orden de la justicia con el orden de la sociedad. Este retorno a lo real se extiende al estudio del Derecho natural, el cual se basa sobre la naturaleza humana, que es también una realidad. De esta forma llega a expresarnos, que “la doctrina institucional no es un sistema, sino una interpretación flexible de la realidad” (67).

#### 4. LA ESCUELA ITALIANA CON ESPECIAL REFERENCIA A SANTI ROMANO

En Italia dentro de la teoría institucional, nos hallamos a Santi Romano y a W. Cesarini Sforza, quienes se apartan de la dirección de Maurice Hauriou y, como vamos a ver a continuación, se inspiran en la teoría orgánica de Otto Gierke. Hacemos hincapié en el pensamiento de Santi Romano no tan sólo por ser el principal inspirador, sino también debido a que últimamente se ha producido en Italia una reactualización de su doctrina a partir de la celebración del centenario de su nacimiento ocurrido en 1975, bajo los auspicios del Instituto para la Ciencia de la Administración Pública (ISAP) y el financiamiento de la Administración Provincial de Milano y la participación de insignes juristas, cuyas exposiciones se recogieron en el libro “Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano” (Milano, Ed. Giuffré, 1977).

##### A) *Antecedentes históricos*

En la doctrina italiana, nos observa F. Ruffini, que en la obra del canonista Sinibaldo de Fieschi (que fue después Pontífice con el nombre de Inocencio IV), se revela una clasificación de las personas jurídicas que presentan un elemento original. Este consiste en el reconocimiento de un nuevo tipo de persona jurídica, diferenciado tanto de la “fundación” cuanto de la “corporación”, figura ésta señalada en la ciencia jurídica romana. En efecto, mientras la fundación deriva por su carácter específico del elemento patrimonial, y la corporación consiste en la unión de la voluntad de los socios que la componen, por el contrario en la nueva figura jurídica aparece determinante “un elemento autoritario impuesto desde afuera, que sustrae al

(67) Op. cit., pp. 147-153.



ente a la libre determinación de las partes”, es éste la “auctoritas superioris”, esto es, la voluntad del fundador, por ejemplo, de un orden monástico. Tal voluntad institucional se refiere no sólo al momento inicial, la creación de la institución, sino a todo el curso de su vida jurídica, también después de la desaparición del fundador. Así a Sinibaldo de Fieschi le correspondería el mérito de haber sido el primero que “injertó el concepto de institución sobre la idea de persona ficta” (68).

De otra parte Santi Romano, al exponer su teoría institucional, ha hecho referencia a la institución de Hauriou sólo para indicar uno de los significados con que ha sido usado en el lenguaje jurídico. Empero él no ha demostrado seguir el pensamiento de Hauriou, quien ha sostenido que la institución es fuente de derechos, mientras que en Santi Romano la institución y el derecho constituyen dos momentos de la misma realidad, integrando uno el cuerpo y el otro el alma de un mismo ente; pues según Hauriou la doctrina institucional es una especie de categoría social apta para valorar los fenómenos jurídicos, permaneciendo a mitad del camino entre la sociología y el Derecho, moviéndose preferiblemente sobre el terreno sociológico (69).

Por el contrario, Santi Romano elabora una teoría estrictamente jurídica que se mueve en la dirección de Otto Gierke y en la de los seguidores de la doctrina orgánica, entre los cuales está A. Codacci-Pisanelli. Este autor, es el primero en Italia que da los primeros pasos hacia una concepción del Derecho como organización de la realidad social. Así cuando se refiere al concepto de la institución, no lo hace teniendo en cuenta el Derecho Canónico, sino la doctrina orgánica. En su libro “Il dogma della sovranità popolare”, usa las expresiones como “institución mundial”, “la monarquía y las otras instituciones modernas”, etc., en el sentido extra-jurídico, esto es, en sentido político y consideraba indispensable una organización para todas las instituciones. Es menester señalar que él efectúa un salto de la organización política a la organización jurídica, entendida como estructura de la vida asociada de los pueblos. Es por eso que él escribía: “Las investigaciones modernas sobre los pueblos primitivos demuestran siempre más claro que, no solamente la sociedad, sino también cierta organización jurídica, aun cuando rudimentaria, debe considerarse coetánea a la especie humana; al menos donde y cuando ésta merezca tal nombre. No puede ser de otra manera porque sin organización jurídica no habría sociedad; y sin la sociedad la especie humana no podría subsistir y desarrollarse”. Estas observaciones sobre el pensamiento de

(68) Vittorio Frosini, “Instituzione”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1965, tomo IX, p. 267.

(69) Vittorio Frosini, “Instituzione”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1965, tomo IX, pp. 30 y 35.





Codacci-Pisanelli sirven para reforzar el fundamento de que los precedentes institucionales de Santi Romano no deben buscarse ni en el derecho de la Iglesia ni de la Escuela francesa, sino —como dijimos— en la doctrina de von Gierke, ya que en Codacci-Pisanelli se entrevé el aforismo de Santi Romano, “ubi societas ibi ius” y viceversa, además del concepto de organización jurídica como estructura de todo ente social. Es decir, que con Codacci-Pisanelli se cumple en la doctrina jurídica italiana el primer paso hacia un concepto de institución no entendido como una especie del género persona jurídica, sino como una categoría jurídica tan amplia de comprender todos los entes jurídicos, privados y públicos, infraestatales y estatales, con personalidad jurídica y sin ella (70).

Si tomamos en cuenta que Santi Romano había individualizado el concepto de institución en 1894, antes de exponerlo orgánicamente en los “*Annali delle Università toscane*”, en los años 1917 y 1918, se evidencia que la Escuela francesa y, particularmente la posición de Hauriou, tampoco puede ser la fuente de la institución romaniana. Esto no quiere decir que él no reconozca a Hauriou el mérito de haber ampliado el concepto de institución, de la especie del género de persona jurídica a una categoría utilizable “de todas las ramas del Derecho Público”, pero, contemporáneamente, ha sentido la necesidad de usar dicho término de modo más amplio y con una nota fundamental diversa, esto es, no como fuente del derecho sino como el derecho mismo. Cabe, no obstante, advertir que mientras el constitucionista francés limitaba el uso del término institución tan sólo a los “entes organizados de forma constitucional y representativa”, Santi Romano lo extiende a todos los entes sociales organizados, por cuanto que “toda institución se concreta en un distinto ordenamiento jurídico”.

En este sentido la institución de Santi Romano se aproxima a la concepción del Derecho de von Gierke, según dice el mismo autor: “Desde este punto de vista, nosotros nos aproximamos a la doctrina, que ha encontrado su más denodado defensor en von Gierke y sus seguidores, según la cual ‘es capaz de producir derecho toda comunidad orgánica’. De esta manera se ve la intención de Santi Romano de completar y perfilar la doctrina gierkeniana, inspirada en una concepción jurídica pluralista fundada sobre la multiplicidad de las organizaciones sociales. Porque Gierke sostiene que en el hombre se reflejan una existencia individual y una parte de la vida total, motivo

(70) Antonio Tarantino, “Brevi riflessioni sui precedenti dottrinali dell’istituzionalismo di Santi Romano”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, 1977, pp. 695-696.



por el cual los conceptos de individuo y comunidad son sólo abstracciones ideales de nuestra mente para abarcar la totalidad del hombre histórico. Por ello es que el individuo queda absorbido en la comunidad y en las distintas instituciones sociales, como la familia y la corporación, en las que se desenvuelve su vida entera. De aquí la interferencia de la esfera del Derecho público y del Derecho privado, puesto que si el primero debe encontrarse alentado por un soplo del ideal de libertad jurídica el segundo habrá de impregnarse de lo social (71). Se pone de manifiesto en la teoría organicista de Gierke, que tanto el Estado como las demás asociaciones se les considera como “organismos”, dentro de los cuales se encuentra el hombre como una parte, pues su doctrina se deja seducir por la dirección científico-natural, tratando así los cuerpos sociales como simples productores naturales (72).

Hay que tener en cuenta que para Gierke la noción de comunidad “no es un objeto independiente del conocimiento, sino un medio para poder penetrar en la esencia del Derecho”, siendo una denominación genérica que abarca toda asociación humana determinada por un fin histórico, político, religioso, económico o simplemente social o cultural. No es su estructura o su organización lo que caracteriza el concepto de comunidad, sino sólo dos elementos muy simples: la asociación de personas y una finalidad determinante común. De esta manera las asociaciones constituyen, lo mismo que los individuos, “una unidad vital real”, y, por lo tanto, “cuando el Derecho considera a las comunidades organizadas como personas, no contradice en absoluto la realidad, sino que, al contrario, le da expresión adecuada”. Hace radicar en la convicción de una comunidad la raíz de la existencia del Derecho como fenómeno social, enlazando así con uno de los conceptos centrales de la Escuela Histórica de Savigny. Así el Derecho es una manifestación de la vida de las comunidades humanas a través de la convicción común, con lo cual ya vislumbramos el objetivismo jurídico, desde el momento que el Derecho deja de ser un producto de la voluntad de los hombres, para convertirse en una potencia autónoma, en un fenómeno social de estructura propia e independiente: “es la manifestación de vida de la conciencia orgánica de una comunidad”. De esta manera el Estado deja de tener el monopolio jurídico, ya que el Derecho en sí es independiente de toda voluntad autoritativa, porque es “una función de la totalidad de la estructura social, y no de determinados aspectos de ella... El Estado no

(71) *La función social del Derecho Privado*, Madrid, Sociedad Editorial Española, 1904, pp. 16, 18 y 24.

(72) “La naturaleza de las asociaciones humanas”, en *La función social del Derecho privado*, pp. 73 y 76.



está por encima, ni tampoco por debajo o fuera del Derecho, sino, como dice Gierke con expresión muy moderna, “en el Derecho”: “el organismo del Estado es el Derecho”, y en el Derecho reconoce el Estado la norma y el límite de su propia voluntad soberana, siendo su cometido último la ordenación de la vida del Estado y, además, la delimitación de esferas ciertas del obrar legítimo individual como condición externa de posibilidad para el desarrollo de la propia personalidad (73).

La actitud de Santi Romano frente a la teoría de Gierke consiste en sustituir el concepto de comunidad por el de institución “que es más amplio y... más completo, aparte de ser más estrictamente jurídico”. Así se sustituye el derecho como complejo de normas por el derecho como organización, desde el momento que en la doctrina romaniana se concibe como la institución misma, se entiende como un complejo de hechos sociales, mejor dicho, como la organización que estructura tales hechos. Dentro de esta línea ideológica es natural que tanto Santi Romano como Gierke confluyan en una concepción pluralista del derecho para lo cual han tenido que indagar en los rasgos de la Escuela Histórica de Federico Carlos de Savigny, cuando ésta fue a buscar en la “conciencia popular” la fuente suprema del Derecho. Es por eso que se produce la metamorfosis de que el “pluralismo nacionalista” de Savigny es convertido en “pluralismo comunitario” en Gierke —característico de las comunidades infraestatales— y, trocado en Santi Romano como “pluralismo institucional” (74). Es obvio que Santi Romano se percata de la fuerza de los movimientos históricos nacionales (como el de Savigny y Gierke) para alcanzar una evolución de los ordenamientos políticos y sociales de impronta racional-individualista, salidos de la Revolución Francesa, hacia la sociedad orgánica, hacia la compenetración de ésta con el Estado de la “misión nacional de civilización”, y hacia un orden pacifista del “sistema de los Estados europeos” (75).

Tenemos, pues, que descartar —como dijimos más arriba— que la “institutio” canónica constituya la fuente de la institución de Santi Romano, porque veíamos que su elemento característico la “autoritas superioris”, esto es, “el elemento autoritario impuesto desde afuera, que sustrae al ente a la libre disposición de las partes”, que está presente no sólo en el momento de la creación de la persona ju-

(73) Felipe González Vicen, “Teoría del Derecho y método jurídico en Otto von Gierke”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid 1972, tomo XVI, pp. 8 y ss.

(74) Antonio Tarantino, op. cit., pp. 687-691.

(75) Roberto Ruffilli, “Santi Romano e l'analisi liberal-riformista della “crisi dello Stato” nell'età giolittiana”, en *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Ed. Giuffrè, 1977, p. 227





rídica, sino durante toda la duración de la misma, es un elemento externo que procede de lo alto y, por lo tanto, no responde a la idiosincrasia institucional que exige que el principio directivo responda a una manifestación interna de la institución. Es por eso que consideramos que la “institutio” canónica tan sólo puede constituir un precedente histórico del concepto romaniano de institución. Aun cuando Santi Romano ni siquiera lo ha citado. De aquí que concluyamos que Santi Romano se inspiró en Gierke y la Escuela Histórica, desde el momento que puso el fundamento del Derecho en el ámbito del mismo ente social del cual constituye la “organización” (76).

Es patente que tanto Gierke como Santi Romano han evidenciado, de modo especial, el pluralismo infraestatal e infrasocietario, situándose en una posición antiestatal y en defensa del derecho social, si bien entre ambos parece manifestarse una apreciación distinta en cuanto a la concepción del Derecho. Porque mientras para von Gierke el derecho, que también es social, es examinado *in interiore homine e inter homines*, en Santi Romano es considerado sólo *inter homines*. Esto es así, dado que el jurista alemán indicaba el fundamento último del derecho en la razón, cuando Santi Romano lo hacía radicar en la conciencia social; claro es, que el hecho de que Gierke partiera de la razón no le ha impedido ascender de la misma, de la “facultad espiritual autónoma respecto a la voluntad”, a la convicción colectiva. Por este motivo en Gierke, si la razón es fuente indirecta, la convicción colectiva es fuente directa. A este respecto, él escribe: “El derecho es la convicción de la comunidad humana —manifestada directamente mediante la costumbre o bien declarada por un órgano de la comunidad en el caso designado— de deber conformar la propia voluntad a normas exteriores”; o sea, que tanto en la posición de Gierke como de Santi Romano, el derecho encuentra su fuente en un elemento interno a la comunidad o a la institución, teniéndose en cuenta que en Santi Romano el derecho no es producto de la institución, sino es la institución misma (77).

B) *Formulación de su teoría. Institución y ordenamiento jurídico: la teoría de la necesidad. Los elementos del Derecho y el pluralismo jurídico.*

Para Antonio Tarantino el esquema de la teoría de Santi Romano puede sintetizarse así:

(76) Antonio Tarantino, op. cit., pp. 693-694.

(77) Ibidem, pp. 692-693.



a) En el campo extrajurídico las instituciones se nos presentan como entes sociales de hecho, caracterizados por tener organización, autonomía y estructura propia, vida y vitalidad;

b) Se percata de que existen entes infraestatales, como por ejemplo la familia, que ofrecen dificultad para cualificarse entre las personas jurídicas;

c) Llega al convencimiento de que es necesario crear un concepto jurídico más amplio de aquel de persona jurídica, comprensivo de los entes jurídicos autónomos.

d) Lleva a término la transferencia del concepto institución del campo extrajurídico al campo jurídico y así afirma que todo ente jurídico autónomo es una institución; y

e) Establece que el derecho es organización, independiente de lo que organiza, es decir, que distingue el derecho del hecho organizado, considerando la organización como forma interna, como estructura de la institución, sosteniendo la equivalencia de los conceptos de institución y ordenamiento jurídico, con lo cual obtiene una perfecta identidad entre sociedad y derecho (78).

Precisamente esta toma en consideración de la sociedad es lo que lleva a Renato Treves a calificar la teoría de Santi Romano dentro del sociologismo jurídico, por estimar que el derecho y la sociedad son elementos inescindibles el uno del otro y que se reclaman recíprocamente. Pues el ordenamiento jurídico constituye un todo viviente que comprende más allá de la norma, una voluntad, una potestad, una fuerza que pone la norma y, en segundo lugar, porque el ordenamiento jurídico se identifica con la institución entendida a su vez como "ente o cuerpo social" (79). Por el contrario, Norberto Bobbio niega que la doctrina de Santi Romano tenga nada que ver ni con el realismo ni con el sociologismo calificándola de formalista, puesto que para él el derecho es la forma de las relaciones sociales que, en cuanto tales, puede y debe ser estudiado independientemente de sus relaciones con la subyacente sociedad. A fin de fundamentar su aserto se refiere a Santi Romano cuando nos dice: "Nosotros tal ente (la institución) la hemos considerado, no desde el punto de vista de las fuerzas materiales que la producen y la rigen, no en relación al ambiente en el cual se desarrolla y vive como fenómeno interdependiente con los otros, no respecto a los nexos de causas y efectos que les vinculan, y, por este motivo, no sociológicamente, sino en sí y por sí, en cuanto resulta de un ordenamiento jurídico, más bien es un sistema de derecho objetivo. Nosotros estamos naturalmente obligados a impulsar hasta las últimas regiones, en las cuales se respira la atmós-

(78) Op. cit., pp. 702-703.

(79) "Considerazioni sulla teoria sociologica del diritto di Santi Romano", en *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Ed. Giuffrè, 1977, pp. 262-263.



fera jurídica, pero no tenemos jamás que sobrepasarlas". También a propósito de esta concepción formalista dice al referirse al Estado como "unidad teleológica", que "esto no es inexacto, pero para el jurista es no menos, más bien acaso lo más importante, la naturaleza estructural de aquella unidad..." (80). Es decir, que como dice Hernández Gil, Santi Romano se atiene a lo jurídicamente organizado como tal sin mayores preocupaciones sociológicas; sin embargo, no se queda en el plano del formalismo, ya que en el derecho, según él, no desempeñan el protagonismo las normas: por eso no es formalista, ni tampoco es plenamente realista, ya que en el Derecho no hay una proyección de la sociedad, sino una organización de la sociedad (81). Luego es una teoría del derecho que utiliza el concepto de forma no en el sentido externo como Kelsen sino como forma interna, refiriéndose a la esencia y a la estructura del hecho social (82).

Conviene no obstante, aclarar que Santi Romano contrapone la "forma" al "contenido" o los "contenidos", por cuanto siendo el derecho institución y, por este motivo, organización no se identifica con esta o aquella estructura organizativa, no tiene objetos, fines, distribución de competencias necesariamente predeterminadas. Esto es así, no tan sólo porque existen una pluralidad de tipos de instituciones sino también porque las instituciones que pertenecen al mismo tipo, como las instituciones del Estado, tienen fines que "no son positivos y singularmente determinados y... en abstracto y potencialmente... siempre extensibles". De esta forma el carácter formal señalado por Santi Romano concuerda con su posición pluralista —a la que nos vamos a referir más adelante—, con su actitud positivista y su pensamiento antiiusnaturalista (83).

Ya que hay que tener presente que para Santi Romano el derecho se concreta y adquiere cuerpo en la institución y, viceversa, todo lo que es socialmente organizado adquiere carácter institucional y, por lo tanto, jurídico, por lo que podemos obtener como corolario que el derecho es el principio vital de todas las instituciones, o sea lo que anima y tiene reunidos a los diversos elementos de la cual la institución resulta, por lo que determina, fija y conserva la estructura de los

(80) "Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano", en *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Ed. Giuffrè, 1977, pp. 28-29 nota.

(81) *El ordenamiento jurídico y la idea de la justicia*, Madrid 1980, pp. 24-25.

(82) Antonio Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, Milano, Ed. Giuffrè, 1980, pp. 57-58.

(83) Giacomo Gavazzi, "Santi Romano e la teoria generale del diritto", en *Le dottrine di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Ed. Giuffrè, 1977, p. 76.





entes inmatrimales. Recíprocamente la institución es siempre un régimen jurídico. También podríamos concebirla como el cuerpo, el esqueleto, la disposición de los miembros del derecho, sin que pueda darse la separación de lo jurídico y la institución, ni material ni conceptualmente, así como no se puede distinguir la vida del cuerpo viviente. Porque no se trata de dos fenómenos que están en una cierta relación, que se siguen el uno al otro; es, por el contrario, el mismo fenómeno, donde la institución cumple la función de ser la primera, originaria y esencial manifestación del Derecho (84). Luego, como escribe Vittorio Frosini, el derecho es al mismo tiempo "función" y "estructura", y no ya "técnica" e "instrumento" de la vida social, esto es de la "praxis"; y que el mismo, si bien puede identificarse con el "cuerpo social" cuando sea concebido como ordenamiento jurídico en su conjunto, como derecho público constitucional (y así lo concebía Santi Romano), debe por lo demás también referirse a los particulares, esto es, a aquellos fragmentos de la "praxis" a los cuales el mismo confiere "estructura de entes inmatrimales", a configuraciones determinadas en el comportamiento jurídico, a las así dichas "figuras jurídicas" (85).

Es evidente, pues, que la concepción institucional de Santi Romano se aparta de la posición de Hauriou —como hemos visto más arriba— quien considera a la institución como fuente de derechos, mientras que aquél sostiene que existe una perfecta identidad entre la institución y el ordenamiento jurídico; es decir, que toda institución es jurídica por el solo hecho de nacer, de tener existencia, debido a que en ella se produce una estructuración interna a la que se someten sus miembros integrantes, rigiéndose así por un principio de autoridad del que dimanan derechos y obligaciones para los individuos adheridos a la institución. Supera, por lo tanto, la concepción tradicional que concibe el derecho como norma o conjunto de normas. El Derecho no es sólo la norma que se impone, sino la entidad misma que la impone, o sea la institución. Y la objetividad de la norma es un mero reflejo del ordenamiento jurídico, que es el máximo grado en que la norma afirma su existencia y estructura. Entonces estas normas no constituyen más que el follaje del derecho, cuya realidad viva es dada, por el contrario, en el árbol, esto es, en el ordenamiento jurídico, o institución. Luego aquí lo importante no es el ordenamiento como la suma de varias partes, sean o no éstas simples normas, sino como unidad —unidad no artificial y obtenida con un procedimiento de abstracción, sino concreta y efectiva—, siendo dis-

(84) *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1945, pp. 36-39.

(85) *La struttura del diritto*, Milano, Ed. Giuffrè, 1971, pp. 83-84.



tinto de los ordenamientos materiales que lo componen, de donde que no se puede tener un concepto adecuado de las normas que allí se comprenden, sin anteponer el concepto unitario del mismo. De igual modo que no se puede alcanzar una idea exacta de los varios miembros del hombre y de las ruedas de una máquina, si no se sabe antes qué cosa es el hombre o aquella máquina. Se concluye, por esto, según Santi Romano, que “una institución es una unidad firme y permanente, esto es, que no pierde su identidad por el cambio de sus elementos singulares, de las personas que forman parte de ella, de su patrimonio, de sus medios, de sus intereses, de sus destinatarios, etc. La misma puede renovarse conservándose lo mismo y manteniendo la propia individualidad” (86).

He aquí pues que la famosa ecuación: ordenamiento jurídico-institución, viene introducida para encontrar un nombre más conveniente y menos asociado a la idea de las “normas” y del “sistema de normas”, y también para cumplir una operación de formalismo jurídico (en el sentido de “antisociologismo”) porque le permite a Santi Romano —que no quería identificar en el derecho estatal todo el fenómeno jurídico— una declaración paralela a la que hizo el formalista Kelsen; esto es, que el Estado no tiene un ordenamiento jurídico porque el Estado es un ordenamiento jurídico. Así Santi Romano dice: “Nosotros no creemos que la institución sea fuente del derecho, y que por este motivo éste sea un efecto, un producto de la primera, sino creemos que entre el concepto de institución y aquel de ordenamiento jurídico, unitaria y complejamente considerado se da una perfecta identidad (87). Ahora bien, hay quienes consideran que esta relación de identidad debe entenderse más bien como “equivalencia”, como relación de ósmosis entre teoría y práctica, entre estructura y realidad social, puesto que él lo que ha querido es darnos una concepción ampliada del derecho, o sea que el derecho no puede reducirse al derecho estatal, es decir, al emanado del legislador, ya que el derecho lo concibe como un hecho, como fenómeno que emana y existe en la conciencia social antes que en la voluntad del legislador (88), no siendo el Derecho producto de la sociedad, sino es la estructura de las fuerzas sociales susceptibles de tener una organización duradera.

(86) Vittorio Frosini, “Istituzione”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1965, p. 268.

(87) Giovanni Tarello, “La dottrina dell’ordinamento e la figura pubblica di Santi Romano”, en *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, Milano, Ed. Giuffrè, 1977, pp. 249-250.

(88) Roberto Rufilli, op. cit., p. 242.

Esto le lleva a Santi Romano a aceptar la necesidad en la teoría de las fuentes del derecho en el sentido técnico-jurídico, queriendo expresar con la misma la fuente primera del Derecho, de aquel derecho que nace inmediata y directamente de las fuerzas sociales, de modo casi categórico, explícito, cierto, que no permite que entre las necesidades sociales mismas que determinan la norma jurídica y el descubrimiento y la declaración de esta última se interponga la actividad racional de los órganos competentes y esta declaración. La necesidad, así entendida, no es un presupuesto de la “regula iuris”, sino es el mismo Derecho, en el sentido de que éste es un producto inmediato y, por así decir, de primer grado. El legislador no hace otra cosa que tomarla en acto y consagrarla. Además en el concepto de necesidad podría comprenderse ciertas manifestaciones de la conciencia pública que reclaman una reforma de cualquier parte de la vida constitucional del Estado. Por eso decimos que la necesidad es Derecho y que la sede natural de la misma hay que buscarla en la conciencia social y no en la voluntad del legislador. Así Santi Romano ha construido la teoría de la necesidad partiendo de las máximas contenidas en la conciencia de los hombres. Particularmente observaba que, si es verdad el principio contenido en el aforismo “necessitas non habet legem”, es verdadera también otra expresión usual, “la necesidad hace la ley”, no pudiendo ser la necesidad como fuente restringida al caso de los poderes de urgencia del Gobierno, sino es más amplia y tiene manifestaciones más importantes y generales.

Pues bien: la teoría de la necesidad constituye el fundamento del institucionalismo romaniano. Esto significa, por este motivo, que las instituciones derivan de la necesidad de organizar un conjunto de necesidades y de exigencias sociales de manera autónoma e independiente de cualquier tipo de voluntarismo. De este modo la institución, además del carácter de autonomía, tiene también aquel de unidad, es decir, hace del ordenamiento jurídico una entidad diversa de las partes que lo componen.

El fundamento de su validez —como el de sus normas jurídicas—, radica en su conformidad a la realidad, a un hecho social. Luego el Derecho se considera como *ser* y no como *deber ser*, según sostiene Kelsen. Así para Santi Romano, una norma jurídica es verdadera si se construye sobre el ser, siendo expresión de la realidad, en el sentido que se adecúa con la realidad de la experiencia. Por el contrario, para Kelsen una proposición que se levante sobre el deber es una norma válida solamente si pertenece a un sistema válido de normas que deriva de una norma fundamental presupuesta como válida. Luego en Santi Romano no interesa la validez sino la efectividad del De-





recho, en el sentido de que tenga la fuerza de imponerse y de continuar la vida en sociedad (89).

En consecuencia, para Santi Romano, los elementos esenciales del Derecho son los siguientes:

1) El concepto *sociedad*, pues lo que no supera la vida del particular como tal no es Derecho (*ubi jus ibi societas*), y, además, no hay sociedad en su sentido estricto, sin que en la misma se manifieste el fenómeno jurídico (*ubi societas ibi jus*). Por consiguiente, implica una unidad concreta distinta de los individuos que en la misma se integran.

2) La idea de *orden social*, por lo que se ha de excluir todo elemento que conduzca al puro arbitrio o a la fuerza material. De este modo, toda manifestación social, por el solo hecho de serlo, es ordenada por lo menos respecto de los coasociados.

3) La *organización*, que es concepto necesario y suficiente para establecer en términos exactos aquello que es Derecho, entendiendo éste como ordenamiento jurídico considerado compleja y unitariamente; pues mediante este tercer elemento el grupo social pasa de una fase inorgánica a una fase orgánica. Por eso el Derecho es, para Santi Romano, la organización de una sociedad ordenada; o una sociedad ordenada a través de una organización o un orden social organizado (Norberto Bobbio).

Ya hemos dicho que el derecho existe antes de ser norma o conjunto de normas, carácter que no excluye sino que comprende en su órbita, pero que, al mismo tiempo, supera. Vale decir, que el derecho, antes de ser norma es organización, estructura y posición de la misma sociedad en que se desarrolla y que el mismo constituye como unidad, como ente por sí mismo. Luego en todo ordenamiento jurídico, la ecuación entre estos dos conceptos es necesaria y absoluta.

Habida cuenta de lo anterior, es que el Derecho en sentido objetivo puede comprender un doble significado:

a) Un ordenamiento en su conjunto y unidad, esto es, una institución.

b) Un precepto o conjunto de preceptos (sean normas o disposiciones particulares), que llamaremos institucionales por la relación que tienen con el ordenamiento entendido en su unidad, o sea, con la institución de la cual son elementos y a las que atribuye su carácter jurídico.

Luego se advierte, cómo el concepto de institución, según el pen-

(89) Antonio Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, Milano, Ed. Giuffré, 1980, pp. 13 ss., 29 y 76.



samiento de Santi Romano, se presenta como todo ente o cuerpo social que tiene una existencia objetiva y concreta, y, por cuanto inmaterial, su individualidad debe ser exterior y visible; es decir, ser objeto de manifestación externa. Esto demuestra que se toma a la institución en su significado propio y se rechaza su sentido figurado que, por otra parte, es el más usual. Así, cuando en el lenguaje corriente se habla, por ejemplo, de la institución de la prensa, o en el lenguaje técnico jurídico, de las instituciones o, más frecuentemente, del instituto de la donación, de la compraventa, etc., no se hace referencia a una efectiva unidad social sino, en el primer caso, a las manifestaciones idénticas de ciertas fuerzas que en la realidad están desunidas y que a menudo son divergentes, y, en el segundo supuesto, a las diversas relaciones o normas particulares que, en vista de los caracteres típicos que presentan, se reagrupan bajo una misma figura jurídica conceptual.

Insiste, además, en que la institución es un ente o un cuerpo social por cuanto es una manifestación de la naturaleza social del hombre. Ella dispone de medios materiales o inmateriales, personales o reales, patrimoniales o de naturaleza ideal que son destinados a servir permanentemente a un fin determinado en ventaja de sus miembros o incluso de personas extrañas a la institución, que entonces son sus destinatarios: v. gr., una fundación. Estas instituciones, el hecho de que formen un cuerpo social no significa que no puedan encontrarse en relación con otras instituciones, que desde otro punto de vista, las completan. Así al lado de las instituciones simples existen las que pueden llamarse complejas, que son las instituciones de instituciones; v. gr., el conjunto de municipios integran la nación; el Estado, que es de por sí una institución, queda integrado en una institución más amplia, que es la comunidad internacional, y, en el mismo, a su vez, se distinguen otras instituciones. Tales son los entes públicos subordinados al Estado: los municipios, las provincias, las regiones, los varios organismos profesionales; y, en el Estado moderno, los llamados poderes legislativo, judicial, administrativo en cuanto constituyen una unidad profesional colegial; los institutos, las escuelas, las académicas, etc. No obstante, la autonomía de estas instituciones no debe ser absoluta, sino solamente relativa, puesto que su concesión depende de puntos de vista que pueden variar.

Ya hemos insistido en que la esencia institucional radica en su organización social. Porque la institución es un ordenamiento jurídico, una esfera en sí, más o menos completa, de Derecho objetivo. Por eso el Derecho no consagra únicamente conexiones individuales, sino que, sobre todo, establece conexiones sociales, debido a que trata de



superar la debilidad y la limitación de las fuerzas individuales a fin de realizar ciertos fines más allá de su vida natural, creando estos entes sociales institucionales que son más poderosos y permanentes que los vínculos individuales. Esto tan sólo es posible porque supera la visión del derecho como norma por la visión del derecho como ordenamiento jurídico, que no implica su subordinación a una abstracta voluntad soberana, sino más bien una estructura regulativa y organizativa de la sociedad como una compleja articulación interna de reglas y relaciones, constitutiva de los mismos órganos superiores que el ordenamiento admite. Cabe señalar que con el paso de la visión del derecho como norma a la del derecho como ordenamiento jurídico la relación entre el poder y el derecho se invierte. En el primer caso es el poder, bajo la máscara de la soberana voluntad del Estado, quien pone el derecho; en el segundo supuesto es el derecho, como estructura regulativa y organizativa de una sociedad, quien pone el poder (90). Esto viene a suceder por la crisis que atraviesa el Estado debido a que los intereses de clase dan lugar a un proceso nuevo en el orden organizativo. Así Santi Romano se anticipa a vislumbrar la lucha política y social que iba a afectar a las instituciones estatales y el derecho. Esto nos demuestra cómo el análisis jurídico está condenado a amparar con su artificioso formalismo las manifestaciones del poder dominante, donde no se estudian las formas históricas de los particulares institutos jurídicos (91). Cuando es vano proponerse, como sucede frecuentemente, fijar los caracteres diferenciales del fenómeno jurídico respecto a los de la religión, la moral, la costumbre, la economía, la historia, etc. Cada una de estas expresiones del espíritu humano puede integrar el contenido del mundo jurídico, en tanto y en cuanto penetran en la órbita de una institución, porque el derecho representa no sólo una cantidad de moral, sino también de economía, de religión, de historia, de costumbres, etc. Vemos, pues, que la teoría institucional —en todas sus vertientes— se aparta de la posición de Kelsen, para el cual todo lo que no es técnica jurídica rebasa el campo propio del derecho.

Este denso contenido del derecho de acuerdo a la posición de Santi Romano nos lleva a considerar que su posición formalista —según algunos— reviste unos caracteres muy específicos y muy claramente diferenciados de la actitud de Kelsen, que es primordialmen-

(90) Uberto Scarpelli, "Santi Romano, teorico conservatore, teorico progressista", en *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Ed. Giuffrè, 1977, pp. 53-54.

(91) Salvatore D'Albergo, "Il potere sociale nella dottrina di S. Romano", en *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Ed. Giuffrè, pp. 204-205.



te normológica, mientras que el jurista italiano la imprime una dirección organizativa social, si bien independizada de los hechos sociales que se organizan. Es por eso que a pesar de su antisociologismo, el reconocimiento de la realidad social que lleva a cabo le hace adoptar una posición antiestatal que necesariamente habrá de conducirlo a la admisión del pluralismo jurídico desde el momento que allí donde ve una institución hace surgir un ordenamiento jurídico independiente del ordenamiento jurídico estatal. Por este procedimiento —inclusive desde una órbita formal— se rechaza el monopolio legislativo del Estado, desde el instante que se reconoce que otros entes u organizaciones sociales distintas de él pueden revestirse de capacidad legislativa. Esta es la reacción que ha provocado lógicamente el poder omnímodo del Estado moderno que ha tratado de desconocer la realidad social y jurídica de instituciones que siempre han existido con vida propia: v. gr., la familia, el municipio, la región o nacionalidades, las corporaciones profesionales y económicas, etc. Es obvio que los que han identificado Estado y Derecho, han calificado de antijurídicas las normas que<sup>1</sup> dimanar de organismos que no son el estatal. Por el contrario, la teoría institucional nos afirma que se puede dar el Derecho perfectamente sin necesidad de que provenga del Estado, dado que no se le puede definir a éste sin recurrir al concepto del Derecho. El Estado no es una unión material de hombres, un simple agregado de hecho, sino una comunidad organizada, es decir, un ente jurídico, uno de los varios ordenamientos que la realidad social nos presenta. Por consiguiente, toda institución se concreta en un distinto ordenamiento jurídico, que puede ser no encuentre su fundamento y su apoyo en el ordenamiento estatal, y que, inclusive, puede serle contradictorio. Así nos decía Gieske, que toda comunidad orgánica es capaz de producir Derecho.

Es menester, sin embargo, puntualizar que los centros de poder no condicionados (soberanos) son uno solo en el sistema del Estado moderno, aun cuando el pluralismo político debiera llevarnos a aceptar la diversidad. Con todo en la tesis de Santi Romano pareciera defenderse que no hay más que un titular (el Estado) en el “monopolio de la fuerza legítima”. Desde este punto de vista, los regímenes “pluralísticos” se caracterizan, no por una multiplicidad de centros políticos soberanos concurrentes, sino de una relativa alta movilidad en el tiempo de la obligación política decisiva (92). Este aserto parece confirmarlo la posición de Norberto Bobbio, cuando califica de falsa creencia el sistema del pluralismo jurídico, porque a pesar del fervien-

(92) Giafranco Miglio, “La soluzione di un problema elegante”, en *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Ed. Giuffrè, 1977, pp. 216-217.



te entusiasmo de Gurvitch y los institucionalistas, la verdad ha sido que el desarrollo de la sociedad industrial no ha tenido por efecto la disminución de las funciones del Estado, o sea una especie de reabsorbimiento del Estado en la sociedad civil; es decir, que lo que ha sucedido ha sido todo lo contrario, puesto que han aumentado las funciones del Estado en el paso del Estado liberal al Estado social, lo cual explica la improvisada emergencia y la rápida difusión de la perspectiva funcionalista del Derecho, lo cual nos lleva —según este autor— a la conclusión de que el pluralismo ha perdido gran parte de su interés (93). Esto no es óbice para reconocer que el auge de las teorías pluralistas ha sido debido al efecto de haber dado ellas una representación a la realidad social más satisfactoria, propio en el momento en el que el empuje de las fuerzas sociales, seguido de la presión de la “cuestión social” hacía saltar la cobertura del Estado, cuya realidad observada por Santi Romano le lleva a decir que en los últimos siglos se había producido un proceso de “estatalización de la sociedad”, a la vez que en su tiempo se encontraba en un proceso inverso, que se podía llamar de “socialización del Estado”. Así Santi Romano escribía: “La crisis del Estado moderno implica la tendencia de una serie grandísima de grupos sociales a constituir cada uno un círculo jurídico independiente (94).

Aquí se produce el fenómeno complejo del societarismo contra el estatismo con el nombre de pluralismo, que unos entienden como un conjunto de sociedades intermedias orgánicamente organizadas, mientras que Norberto Bobbio considera que la sociedad pluralista no implica una recíproca colaboración entre los grupos, sino que es una “sociedad conflictiva” en la que la relación entre ellos es de concurrencia, si bien en todo caso esta concepción significa un esfuerzo para superar la antítesis o identificación entre individuo y Estado, y encontrar, si no una síntesis, al menos una mediación entre los dos términos (95). A nuestro entender no debe incurrirse ni en un extremo de sumisión ni en el otro conflictivo, sino que debe consistir en una ampliación de las libertades personales al ámbito de los grupos sociales para que a través de ellos actúen los individuos para el logro del bien de la comunidad.

A este respecto, Santi Romano distingue una serie de normas nacidas con independencia del Derecho estatal, esto es, que tienen como fuentes otras que no son el Derecho del Estado. Así establece una clasificación de pluralidad de fuentes normativas:

(93) “Intorno all’analisi funzionale del diritto”, *Rivista de Sociologia del Diritto*, Separata, Milano, 1975, n. 1, pp. 2-3.

(94) Norberto Bobbio, op. cit., pp. 30-31.

(95) *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzioni storica*, Bologna, Ed. Il Mulino, 1975, pp. 440 y 445.

1) Nos señala el ordenamiento interno de la *familia*, que puede basarse sobre viejas costumbres.

2) El ordenamiento de la *Iglesia*, en cuanto que impone una serie de obligaciones que el Estado no reconoce, mas tampoco prohíbe su cumplimiento.

3) El ordenamiento interno de algunos institutos privados de una clase de personas que tengan una especial organización, etc. Cita, por ejemplo, la *deuda de juego*, según las normas reconocidas por los jugadores que forman el estatuto de la casa de juego.

4) Otras normas derivadas de la autonomía privada; así, por ejemplo, el caso de las *obligaciones naturales* (96).

Es obvio que Santi Romano dentro del pluralismo jurídico rechaza el pluralismo externo que auspicia no tanto la transformación del Estado y su adaptación a las nuevas exigencias sociales cuanto su destrucción. Pues en la *teoría pluralista* puede darse una tendencia de signo revolucionario como de orientación conservadora, según expresa acertadamente Norberto Bobbio. Estamos en presencia del primer supuesto cuando la pluralidad de los ordenamientos se interpreta como un episodio de la progresiva liberación de los individuos y de los grupos de la opresión del Estado, mientras que nos encontramos en el segundo caso si el pluralismo se interpreta como una disgregación y fragmentación del Estado y, por este motivo, como el síntoma de una inminente e irresistible anarquía. Detrás de la concepción social del Derecho podemos hallarnos tanto un Gierke cuanto un Gurvith o a un Proudhon, así como en la posición monista puede esconderse tanto un Hegel como un Marx. El siglo precedente al pluralismo había estado alimentado por tres corrientes diversas del pensamiento político: del socialismo antes utópico y después libertario (Proudhon), del liberalismo que había descubierto el asociacionismo de la joven democracia americana (Tocqueville) y el cristianismo social (que se movía en torno a la encíclica social de León XIII).

Habida cuenta de lo anterior cuando escribe Santi Romano eran pluralistas tanto los sindicalistas revolucionarios, cuanto un liberal como Luigi Einaudi que exaltaba la función social y progresista de la primera ley del trabajo, como los primeros actores de un movimiento popular católico, como Romolo Murri y Luigi Sturzo.

Es evidente, por lo que hemos dicho más arriba, que Santi Romano gira en torno al *pluralismo moderado*, que cree en los beneficios efectos que emergen de los grupos sociales contendientes co-

(96) Op. cit., pp. 157-158.





mo los sindicatos pueden producir una mejor articulación de las relaciones entre los individuos y el Estado, pero considera a éste como momento final y necesario de la sociedad organizada. Es por eso que se dice de él que es teóricamente pluralista, pero ideológicamente un monista. Todo depende de la posición del Estado respecto a los demás grupos sociales. Para el pluralismo extremista el Estado es una institución como las demás, tanto que puede hasta hacerse supérflua. Por el contrario, en el pluralismo moderado, el Estado siempre es una institución diversa de las otras, irreductible a ellas, superior, ya que en un cierto sentido es la institución, la que hace posible la existencia de todas las otras instituciones. De aquí que Santi Romano diga del Estado, que es la “institución de las instituciones”. Empero su monismo relativo consiste en que no considera al Estado como el ordenamiento exclusivo, puesto que considera que más allá de él existe una tendencia en la sociedad a generar nuevos ordenamientos que permanecen fuera del ámbito estatal cuando no tienen un carácter antiestatal (97).

Esta posición lleva a Santi Romano a propugnar una “tercera vía” entre “revolución y reacción”, fundada sobre una “reforma del Estado”, dirigida a realizar la adhesión bajo una estructura “corporativa” de todas las fuerzas de la sociedad a los “valores racionales” —a nivel interno e internacional— del capitalismo postindividualista mediante un “progreso pacífico” en la actuación del Estado ético sindicalista para alcanzar la integración de las masas populares en dicho sistema organizado (98).

De esta manera Santi Romano, en nuestro siglo, imprime nueva fisonomía a los cauces institucionales abiertos por la Escuela Francesa de Hauriou, Renard y Delos hacia una concepción del Derecho de carácter organicista que sin atentar a la unidad del Estado moderno trata, sin embargo, de dar relevancia en éste a la subyacente pluriforme realidad social, buscando así un punto de equilibrio equidistante entre el sistema individualista y el colectivista a base de resaltar la importancia de los entes organizados.

Widar Cesarini Sforza, publica su estudio “Il diritto dei privati”, en la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, en el año 1929, y se ha reproducido posteriormente (Milano, Ed. Giuffré, 1962). Salvatore Romano, en la “presentación” de esta obra, señala que el progreso constante que se observa de la doctrina institucional se debe a la fe de sus sostenedores a pesar de muchas resistencias cuyas razones no aparecen clarificadas muchas veces si las examinamos lógicamente.

(97) Op. cit., pp. 35-43.

(98) Roberto Rufilli, op. cit., pp. 226 y 232.



De la misma manera que la colectividad, como tal, es capaz de elaborar un conjunto de reglas de acción (diligencia, buena fe, culpa, dolo, etc.) a través de un proceso de generalización de las producciones jurídicas de los particulares y de las influencias de principios metajurídicos (convicciones religiosas, éticas, etc.), surgen las instituciones que no son producto del Estado, sino materia de la competencia privada (99).

Cesarini Sforza, nos define el “derecho de los particulares”, como “aquel derecho que los mismos particulares crean para regular determinadas relaciones de interés colectivo a falta o insuficiencia de la ley estatal”. En primer lugar, se desprende de esta definición, la disociabilidad de los conceptos de Derecho y Estado, puesto que se entiende por “derecho de los particulares” aquel derecho que no emana ni del Estado ni de sus órganos; y, en segundo término, la expresión “derecho de los particulares” no coincide con la de “derecho privado”, debido a que esta última denota la presencia de la voluntad estatal regulando relaciones entre los particulares (v. gr., la compra-venta, el préstamo), mientras que el “derecho de los particulares” establece relaciones entre los mismos que no dimanen ni directa ni indirectamente del Estado. Sin embargo, más adelante nos da una definición más amplia de esta materia sin referirse a los supuestos de “falta o insuficiencia de la ley estatal”, con lo cual él mismo se presenta estos dos casos: 1) Que el “derecho de los particulares” concierna a materias distintas de las que regula el derecho estatal; y 2) que se refiera a las mismas materias pero reguladas de modo distinto o contrario. Esta segunda hipótesis da lugar a lo que en tema de Derecho consuetudinario se denominan disposiciones “*praeter legem*” y “*contra legem*”, refiriéndose al carácter de las normas creadas directamente por los particulares. Por lo tanto, a veces, el “derecho de los particulares” se presenta bajo ciertas formas del Derecho consuetudinario.

Es de notar que el ámbito del “derecho de los particulares” se identifica con el de la colectividad o cuerpos de organizaciones que se forman entre los particulares sin la intervención del Estado; se podría por eso llamarlo el Derecho de las organizaciones: o sea, que según Cesarini Sforza, se pueden usar indistintamente los términos “derechos de los particulares” o Derecho de las organizaciones. Es menester entender por “organización”, una unión de varias personas caracterizadas por el hecho de que éstas cooperan a un fin común; es decir, que se da una comunidad de comportamientos independientemente del fin particular distinto que personalmente persiga o pudiera

(99) Op. cit., pp. V y IX.



perseguir cada uno de sus miembros. De aquí que el autor distinga entre los fines diversos de las asociaciones y las instituciones.

Las asociaciones se constituyen en interés de sus integrantes, mientras que las instituciones actúan en función de otras personas ajenas a las que las forman; esto es, la asociación nace de un interés interno, mientras que la institución es una asociación que sirve a un fin externo, o sea, la organización de un interés común a la realización de un fin ajeno. Así, en las instituciones sus miembros vienen a ser simples administradores; ejemplo de una asociación, una empresa mercantil en la sociedad capitalista; y de una institución, una universidad.

Sin duda alguna que el Estado tiene preeminencia en la vida jurídica debido a que aplica la parte más vasta e importante del Derecho, lo cual no es óbice para que existan otros ordenamientos que nacen y se desarrollan marginalmente al Derecho estatal. En esto consiste, como hemos visto, el reconocimiento del "derecho de los particulares". En otras ocasiones, el Estado no crea la juridicidad pero establece los supuestos en que presta su fuerza para que se realice; por ejemplo, no crea la juridicidad de los contratos, no obstante indica hasta dónde alcanza la tutela o la prohibición de los actos creados por los contratantes.

No se destruye el concepto jurídico del Estado por el hecho de concebir la existencia del Derecho independientemente del organismo estatal; o sea, que el Estado no pierde su poder jurídico porque se admitan otros organismos distintos a él con capacidad legislativa; pues esto lo único que significa es que la realidad jurídica estatal vive insertada en un campo más amplio, que es el de la realidad del Derecho.

El reconocimiento de que el Derecho vive también en relaciones cuya existencia jurídica no depende de la voluntad del Estado, equivale a admitir que hay una misma substancia espiritual, tanto en el ordenamiento jurídico cuyo supremo principio se identifica con la voluntad normativa estatal, como en aquellos otros ordenamientos que dependen de voluntades normativas no estatales.

El Estado, frente a los ordenamientos que surgen de otras realidades sociales, puede adoptar estos criterios:

a) Adoptar como propio en parte o totalmente otro ordenamiento, ora reproduciendo sus normas o reenviando al mismo, con lo cual dichas normas no emanadas del ordenamiento estatal vienen a identificarse con las que emanan del Estado. Luego en este caso de relevancia jurídica estatal de un ordenamiento no estatal, este último desaparece.

b) El Estado ignora los otros ordenamientos, y, por este motivo,





no reconocemos su eficacia jurídica. En este supuesto de irrelevancia jurídica estatal de un ordenamiento no estatal, este ordenamiento existe como tal, independientemente del ordenamiento del Estado; v.gr., las deudas de juego, las obligaciones naturales.

Nos define el "cuerpo social", como aquella unión voluntaria de personas (que cooperan a un fin común) provista de un ordenamiento autoritario. Advertimos, pues, en este concepto dos elementos: a) La voluntariedad de la formación; y b) La autoridad del ordenamiento. Mediante el carácter de la voluntariedad distinguimos estos cuerpos sociales voluntarios de aquellos otros entes de formación necesaria, esto es, que derivan de causas —naturales, éticas o históricas— que trascienden la libertad y los intereses de los particulares; v.gr. el Estado, la nación, el municipio, la familia. Además se hace también necesario distinguir estos cuerpos sociales voluntarios: a) De los obligatorios o personas jurídicas públicas, que se forman por mandato del Estado y cuyo ordenamiento o funciones son, en su mayor parte, regulados por la ley; ejemplo, los consorcios administrativos, las congregaciones de caridad; y b) De las personas jurídicas privadas de utilidad pública; ejemplo, las Cajas de Ahorro, las cuales no siendo obligatoria su creación, quedan sometidas casi en su totalidad al ordenamiento legal. O sea, que los cuerpos sociales voluntarios no sólo son creados por la voluntad social, sino también organizados por ella. Empero, queda claro en la definición, que a pesar de que estos cuerpos sociales voluntarios surgen al margen del Estado siempre existe en ellos un gobierno o una autoridad de la que deriva su ordenamiento jurídico propio.

La personificación del cuerpo social voluntario se produce cuando el Estado lo reconoce, aun cuando ésta ya viene existiendo como asociación o institución de hecho. El reconocimiento estatal viene a dotarlas de personalidad jurídica, puesto que las incorpora como sujeto de derecho a la realidad jurídica del Estado, mientras que en el ordenamiento interno del cuerpo social personificado nada cambia sustancialmente, dado que ya existía una realidad sociológica que es la que ha hecho posible esta personificación jurídica estatal.

## 5. CRITICA Y DEFENSA DE LA INSTITUCION

Se arguye que el término institución es de los más equívocos, puesto que su extensión es ilimitada, si bien se está de acuerdo en su carácter sociológico. Así se habla de institución de la prensa, instituciones caballerescas, instituciones religiosas; en el aspecto político, de instituciones monárquicas y republicanas; en el jurídico, se usa como sinónimo de persona jurídica, o, más concretamente, significa una or-



ganización que vive en el Derecho (100).

Hay quienes consideran a la institución como una figura jurídica de corte totalitario, dado que hace hincapié en el principio de autoridad y se configura como una pluralidad de individuos adheridos a una idea directriz. En este sentido se ha pronunciado W. Friedmann, quien ha escrito: "Hauriou es un pluralista. El no integra la institución en el Estado en tanto que tipo de institución más elevado; pero él no deja de ver con satisfacción —lo mismo que la teoría orgánica de Gierke o el principio de la solidaridad social de Duguit— que su 'idea directiva' pudiera ser utilizada para reforzar lo colectivo contra lo individual, con lo cual ella se aproxima al misticismo de las teorías fascistas que subordina el individuo a la idea de servicio con alguna cosa más elevada que él mismo. De esta manera la posición de Hauriou no está lejos de la concepción nacional-socialista... Así lo mismo que el Führer es la expresión del Estado, el propietario o el director de la empresa es su alma y expresión. Luego la idea mística de servicio en una institución constituye en la práctica el deber de obediencia de una clase respecto de otra"(101).

También nos encontramos a Edgard Bodenheimer, quien considera que la teoría de la institución desplaza al individuo de su posición primaria de la vida social y coloca en su lugar al grupo, asociación, corporación u otra institución. De tal modo esta teoría nos recuerda la del "Estado corporativo" de los fascistas italianos, como fue planeada originariamente aun cuando no la llegase a realizar; si bien Bodenheimer reconoce que la teoría de la institución —al revés que el fascismo— tiende a poner en segundo término la importancia del Estado, subrayando la de las instituciones intermedias. Por esta razón ve en ella una tendencia sindicalista muy peculiar de la teoría francesa del Derecho puesto que el mismo socialismo revolucionario en Francia se inspiró más bien en hombres como Proudhon y Sorel que en Carlos Marx. Sin embargo, al insistir la teoría de la institución en reemplazar el contrato por el *status*, supone una recaída en la filosofía del poder, lo cual —según este autor— aproxima la teoría de la institución a los modernos Estados totalitarios (102).

Sin embargo, Albert Brimo, refiriéndose a esta crítica, señala que ignora el verdadero sentido de los textos de Hauriou, quien —como todos los teóricos de la institución— siempre adoptó una solución intermedia entre el individualismo y sociologismo, hallándose

(100) Felice Battaglia, *Curso de Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Reus, 1951, vol. II, pp. 265 y ss.

(101) *Théorie générale du droit*, París 1965, p. 192.

(102) *Teoría del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, pp. 221 y 224.



más cerca del personalismo de Enmanuel Mounier que del individualismo de 1789; pero cualquiera que sea el papel que él atribuye a la comunidad en la creación del derecho a través de la institución, Hau-riou siempre permaneció fiel al derecho natural; por lo tanto la facultad reconocida a la persona humana de fundar instituciones está garantizada por la naturaleza objetiva del hombre y el libre ejercicio de su razón; simplemente a un dualismo individuo-Estado, él sustituye el dualismo Estado-institución, para el libre desarrollo de la persona humana (103).

A nuestro modo de ver, este enfoque de la teoría de la institución es erróneo, porque la intención fundamental de la misma es conseguir una integración de lo individual y de lo social sin absorciones mutuas y proclamando siempre dos fuentes del Derecho: la persona individual y la institución. Por lo tanto —como dice Jesús López Medel—, se busca un sistema de equilibrio para que lo individual no pulverice al Estado, ni para que éste llegue a destruir la personalidad. La institución jurídica es la bisagra de lo individual-social (104). Luego la adhesión de sus miembros siempre es voluntaria, desde el momento que gozan de libertad para permanecer o no en el ámbito institucional. Las instituciones vienen a ser como los eslabones que unen al sistema cultural (ideas y valores) con el sistema social (condiciones de operabilidad en la interacción de los individuos). También puede decirse que las instituciones son los puentes a través de los cuales lo subjetivo individual se proyecta en lo objetivo social: las ideas y los valores, así como las aspiraciones de poder, brotan de las conciencias individuales y se objetivizan en el impacto de las interacciones sociales cuando toman forma de instituciones (105).

También se indica que el concepto institución como cuerpo social, encierra una riqueza de matices que rebasa el estricto campo del Derecho. “La institución entraña el estricto campo coherente de fuerzas y acciones con base en un cierto conjunto armónico de ideas y sentimientos; el Derecho no es más que una de aquellas fuerzas, por muy fundamental que se la quiera considerar” (106).

Felice Battaglia establece que Santi Romano yerra cuando identifica al Derecho con la institución; pues esto supone desconocer el carácter normativo del Derecho. Es cierto que hoy —y esto es una aportación de Santi Romano—, el Derecho más que ser un conjunto de conexiones individuales es un conjunto de conexiones sociales,

(103) *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*, París 1968, pp. 323-324.

(104) *Filosofía de los derechos económico-sociales*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, Madrid 1966, t. XII, p. 216.

(105) Miguel Villoro Toranzo, *La justicia como vivencia*, México, Ed. Jus, 1979, p. 215.

(106) José Zafra Valverde, *El Derecho como fuerza social*, Pamplona, Eunsa, 1964, p.





por el signo social de nuestra época. Pero antaño como hogaño, el Derecho sigue en esencia siendo normativo. Luego el Derecho no es el ente social o la sociedad, identificándose ordenamiento jurídico e institución, sino la norma con arreglo a la cual debe constituirse el ente social o la sociedad. El ordenamiento no es la institución, sino la norma que promueve y ordena su existencia; es decir, que lo jurídico no es el ser institucional, sino el deber ser institucional. El Derecho no es la institución, y menos aún, la sociedad, sino el principio según el cual se crea la institución y se organiza la sociedad, siendo el preordenamiento normativo del uno y de la otra, a través del cual la institución o las instituciones dan significado jurídico a la sociedad (107).

También se le señala a la teoría institucional como defecto y, en particular, a la posición de Santi Romano, el desestimar el papel principalísimo que debe jugar el Estado, con lo cual se desconoce su preeminencia en el área común a todas las instituciones, desde el momento que se consagra la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, que mejor debía calificarse de principio de equivalencia de las instituciones, relegándose así a la institución estatal a una condición social común, que es desmentida por la realidad (108). Estimamos que, no obstante lo que pueda haber de exageración en la teoría de Santi Romano al enjuiciar la valoración del Estado, no es menos cierto que su función había sido desorbitada por el positivismo al no admitir otro creador de Derecho más que a él, desde el plano objetivo, desconociendo la realidad sociológica —y también jurídica— de los otros entes sociales o instituciones, como fuentes primarias al Derecho.

Cabe señalar, además, que el concepto institución ha venido a enriquecer el campo del Derecho al incorporarle el principio de persona social que había sido relegado a partir de la concepción individualista del Derecho que proclamara la Revolución Francesa. Por eso nada de extraño tiene que en un principio, la institución haya ido utilizada con excesiva prodigalidad adoleciendo, por lo tanto, de una exagerada imprecisión. Con todo, hemos visto cómo los diferentes autores que se han ocupado de la teoría institucional tratan de configurarla conforme a sus ideologías. Así Hauriou lo hace en torno de la idea objetiva; Renard lo concreta en el bien común; Delos en el realismo jurídico; Santi Romano en el ordenamiento; y Cesarini Sforza en el derecho de los particulares. Estamos seguros que a medida que se vaya aplicando a parcelas más restringidas del Derecho se conseguirá una mayor precisión para el concepto de la institución, dado

(107) Op. cit., ed. esp., vol. II, p. 268; ed. it., p. 279.

(108) Silvio de Fina, *Stato e istituzione*, Milano, Ed. Giuffré, 1967, p. 76.



que, hasta ahora, los autores se han movido fundamentalmente en el plano abstracto de los principios.

De otra parte, la institución ha venido a superar el formalismo jurídico, que había reducido el Derecho a una simple técnica sin aliento vital. Precisamente José Zafra advierte esta riqueza de matices en la institución que, según él, escapan a la esfera del Derecho. Aquí radica otra de sus grandes aportaciones, puesto que ha venido a darle contenido al Derecho, que se le había negado por Kelsen con el pretexto de que eran materias metajurídicas, como si el Derecho no fuera creado por y para el hombre en función de la comunidad, que no es un agregado social impersonal, sino un vínculo entre personas humanas. Esta humanidad sangrante del Derecho ha sido resaltada por la institución. Además el institucionalismo también ha venido a desmentir el positivismo, que culminó en la aberración de identificar Derecho y Estado haciendo del hombre un ser subsumido en el ente estatal. La teoría institucional ha puesto de relieve la necesidad ética del Derecho con lo cual ha enriquecido su contenido ontológico. Así el ser del Derecho ha ganado en profundidad y en libertad; esta es la gran contribución del iusnaturalismo.

Por último, discrepamos de Felipe Battaglia cuando critica a Santi Romano el que identifique Derecho e institución, porque el Derecho es fundamentalmente normativo. Estimamos que Santi Romano no ha negado el carácter normativo del Derecho. Precisamente nos habla de los dos significados del Derecho, como ordenamiento y como conjunto de preceptos jurídicos institucionales; lo consideraba inadecuado e insuficiente, por lo que sostenía la necesidad de integrarlo con otros elementos que no se tienen comúnmente en cuenta y que son esenciales y característicos. Acude a estos elementos porque tenía una concepción restrictiva de la norma jurídica, esto es, como regla de conducta, porque efectivamente había individualizado el concepto de institución que tanto ha contribuido al progreso de la ciencia jurídica. Por eso cuando se interesa en la clasificación de las normas, ha mencionado también las leyes institucionales u organizativas, cuyo objeto fundamental es, no el de prescribir reglas de conducta, sino el de crear, modificar y suprimir instituciones (109).

Ahora bien, lo que sí hace Santi Romano es resaltar el carácter del Derecho como organización social, en lo cual creemos que lleva razón. La existencia de la institución supone una estructuración social que exige la presencia del Derecho, dado que no podría existir aquélla sin él. Luego es natural que la institución alcance a lo jurídico por el solo hecho de su nacimiento, desde el momento que se trata

(109) Antonio Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, Milano, Ed. Giuffrè, 1980, p. 35.



de una *fuerza social organizada*, que es la característica institucional y la gran contribución de esta teoría al concepto social del Derecho de nuestro tiempo. De todos modos téngase en cuenta que Santi Romano se aparta de la concepción institucional sociológica de Hauriou y, por este motivo, contempla la organización independiente de la sociedad. De aquí que se nos presenten los siguientes estadios en la estructuración jurídica. Kelsen, eminentemente formalista, hace abstracción total de la sociedad y concibe el Derecho como fuerza organizada. Desde un extremo opuesto, Duguit sostiene que el Derecho es la fuerza social; y, por último, Santi Romano —conforme acabamos de ver— enfoca el Derecho objetivamente sin negar su normatividad identificando todo ordenamiento jurídico con la institución pero sin proyectarse en la sociedad. Como vemos, Santi Romano se sitúa en una posición equidistante entre Kelsen y Duguit.